Über die rechtliche Natur

der

Testamentsvollstreckung.

Inaugural-Dissertation

zur

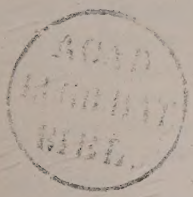
Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Otto Plöttner,
Referendar in Plauen i. V.



Otto Wigand
Verlagsbuchhandlung und Buchdruckerei m. b. H.
Leipzig 1906.

Literatur.

A. Monographien.

Arnold, Der Tv. München 1902.

Beseler, Erbverträge, 3 Bde. Göttingen 1835—40.

— System d. gem. d. Privat-R. Berlin 1885. (S. unter B.)

— Volksrecht u. Juristenr. 1843.

Maeder, Rechtsstellung des T.E. Diss. 1897.

Lissauer, Jur. Natur des Tv. Erlangen 1896.

Rosenthal, Rechtl. Natur der T.E. Breslau 1883.

Seckt, Lehre von der Tg. Rostock 1899.

Deutsch, Vorl. der heut. Tg. im röm. Recht. Diss. 1899.

Schultze, Die langobard. Treuhand, Abdruck aus Gierkes Unters. Heft 49. 1895.

— Treuhänder im gelt. bürg. Recht. Jena 1901.

Sturm, Lehre von d. Tg. nach BGB. 1898.

— Lehre von den Tv. Berlin 1896.

Andrée, Rechtl. Natur der Tg. Freiburg 1900.

Reissner, Befugnis der Tg. Freiburg 1901.

Hellwig, Anspruch u. Klagerecht. 1900.

— Rechtskraft. 1901.

Jaeger, Erbenhaftung u. Nachlasskonkurs. 1898.

Glanvell, Die letztwill. Verfügg. nach gem. kirchl. Rechte. Paderborn 1900.

Scholz III., Über Testamentsvollzieher besonders in Anwendung auf das Geschäftsleben. 1841.

Pauli, Abhandlungen aus dem lüb. Recht. 1841.

Lammer, Das Recht der treuen Hand. 1875.

Platner, Erbrechtl. Bestimmungen. 1882.

Randa, Erwerb der Erbschaft. 1867.

Gierke, Entw. eines BGB. und das deutsche Recht. 1889.

Bekker und Fischer, Beiträge zur Erl. eines Entw. des BGB. VI. 1889.

Rich. Schmidt, Affatomie der lex Salica. 1891.
Peyré, Lois des Francs. Paris 1828.
Hübner, Donatio post obitum in Gierkes Unters. 26.
Goldfeld, Streitfragen aus dem deutsch. Erbrecht. 1893.
Binder, Rechtsstellung des Erben nach dem BGB. Leipzig 1900.
Böhm, Handbuch der internat. Nachlassbehandlung. Augsburg 1881.
Steinlechner, Das schwebende Erbrecht und die Unmittelbarkeit der Erbfolge. Innsbruck 1893.
Albrecht, Die Gewere. Königsberg 1828.
Agricola, Die Gewere zu rechter Vormundschaft. Gotha 1869.
Fester, Das Recht des Mannes am Frauengut bei dem Gütersystem der Verwaltungseinheit. Frankfurt 1900.
Weissler, Das deutsche Nachlassverfahren. 1900.
Eichhorn, Das Testament. 1900.
Hallbauer, Das Deutsche Testamentrecht. 3. Aufl.
Kohler, Der Dispositionsniessbrauch in Jherings Jahrb., 24. Bd. S. 187.
Mitteis, Lehre von der Stellvertretung. 1885.
Schlossmann, idem. 1900/1902.
Mommsen, Entwurf des Reichsges. über das Erbrecht. 1876.
Siegert, Rechtl. Natur u. Stellung des Tv. nach dem BGB. Leipzig 1903.
Kreutzer, De execut. testam. Breslau 1865.
Wolff, Die Befugnis des Tv. zur Führung von Proz. um die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des T. Göttingen. Diss.
Schaller, Die Befugnis des Tv. zur Führung von Proz. um die Wirksamkeit der Test. Göttingen. Diss.
Bechmann, Der Kauf nach gem. Rechte. Erlangen 1876.
Birkmeyer, Über das Vermögen im jur. Sinne. Erlangen 1879.
Gruchot, Preuss. Erbrecht. 1865—67.
Bruckner, Zur Geschichte der Fideikommisse. München 1893.
Cujacius ad Africanum. Frankfurt 1595.
Dietzel, Zur Lehre vom mand. post mortem (Zeitschr. f. Civilrecht u. Proz. N. F. Bd. 18. Giessen 1856).
Elvers, Vom nudum praeceptum testatoris, im Archiv f. prakt. Rechtswissensch. Bd. 4.
Gaus, Das Erbrecht in weltgeschichtl. Entwicklung. Berlin 1825.
Hölder, Beiträge zur Geschichte des Röm. Erbr. Erlangen 1881.
Lassalle, System der erworbenen Rechte. Leipzig 1861.
Peiser, Handbuch des Testamentrechts. Berlin 1902.
Pernice-Labeo, Bd. 1 u. 3, Abt. I. Halle 1873, 1892.
Vering, Röm. Erbrecht. Heidelberg 1861.

Zimmern, Über den nach des Mand. Tod zu vollz. Auftrag. Archiv f. civil. Praxis, 4. Heidelberg 1829.
Rosshirt, Abhandlg. civil. u. krimin. Inhalts, Bd. I. 1833.
Pries, Testamentsexecut. Rostock 1843.

B. Gesamtwerke.

Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts. Berlin 1885.
Gerber, Deutsches Privatrecht, 1855 und Gerber-Cosack. 1895.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. 1885.
Heusler, Inst. des deutschen Pr.-R. 1886.
Eccius, Preuss. Privatrecht. 7. Aufl.
Sohm, Inst. Leipzig 1901.
Salkowski, Inst. Leipzig 1892.
Sintenis, Gem. Civilrecht. Leipzig 1851/1869.
Vangerow, Pandekten. Marburg 1876.
Czyhlarz, Lehrbuch der Institutionen. 1895/1902.
Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Leipzig 1889.
Bekker, Pandekten. 1886 ff.
Hölder, Instit. des Röm. Rechts. Tübingen 1871.
v. Scheurl, Lehrbuch der Instit. 1883.
Leyser, Med. ad pand. Halae 1772—1775.
Thibaut, System des Pand.-Rechts. Jena 1834.
Gengler, Das D. Privatrecht in seinen Grundzügen. 1876/92.
Bluntschli, D. Privatrecht. 1860.
Roth, Bayr. Civilrecht. 1871/75, 1898.
Schröder, Lehrbuch der D. Rechtsgesch. 3./4. Aufl.
Zachariae v. Lingenthal, Handb. d. franz. C.-R. 1894/95.
Böhm, Erbrecht des BGB. 1896.
Crome, System des D. bürgerl. R. Tübingen-Leipzig 1900/1902.
Dernburg, Pandekten. Berlin 1894.
— Das bürgerl. R. des deutschen R. u. Preuss. V. 1905.
Unger, Österr. Erbrecht. Leipzig 1864.
Enneccerus-Lehmann, Das bürgerl. Recht. Marburg 1901/1902.
Windscheid (Windscheid-Kipp), Pandekten. 6.—8. Aufl.
Habicht, Einwirkung des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsverh. 3. Aufl.
Strohal, Das D. Erbrecht auf Grundlage des BGB. 1903.
Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 1900.
Cosack, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 1903.
Matthiass, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 1900.

C. Zeitschriften.

„Das Recht“ 1900, 1901 (Nr. 11, 13, 15, 23).
Preuss. Anwaltszeitung 1866.
Sächs. Archiv Bd. 2, Bd. 8.
Verhandl. des 21. D. Jur.-Tages 1, 3.
Erläuterungen der Pandekten, Glück (Mühlenbruch).
Zeitschrift für Gesetzgebung u. Rechtspflege I.
Zeitschrift für Deutsches Recht Bd. 9.
Zeitschrift für Rechtsgesch. Bd. 7.
Jherings Jahrb. f. Dogmat. XX.
Archiv f. civil. Praxis.
Centralbl. für freiw. Ger. u. Not.

D. Kommentare, Entscheidungen, Materialien.

Mugdan, Die gesamten Mat. zum BGB.
Seuffert, Komm. CPO. 1905.
Wilke, Komm. BGB. 1900.
Planck, Komm. BGB. 1901.
Gaupp-Stein, Komm. CPO. 4./5. Aufl.
Fischer-Henle, Anm. zum BGB. 1898/1900.
Reincke, CPO. 1904.
Struckmann-Koch, CPO. 1895.
Petersen-Anger, CPO. 1899.
Staudinger, Komm. BGB. 1905.
Neumann, Handausg. des BGB. 1905.
Entsch. des R.G. in Civ.-S., Entsch. Oberapp. Rostock (Buchka u. Budde IV), Entsch. des Oberapp. Dresden, des preuss. Obertribunals.
Seufferts Archiv.

Siehe noch die gelegentlich citierte Literatur.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Einleitung 9
B. Methode der Betrachtung 11
C. Geschichtliche Betrachtung . . . . . 14—37
I. Römisches Recht.
a) testam. com. cal. et in procinctu
b) testam. per aes et libram
c) ad stipulatio
d) fideicommissum
e) minister, dispensator
f) mandatum post mortem
g) Staatliche Fürsorge.
II. Kanonisches Recht.
III. Deutsches Recht.
D. Wissenschaftliche Konstruktionen . . . . . 37—62
a) Durantis, Andreae, Azo, Accuosius, Cujacius
b) tutela
c) mandatum
d) arbitrium
e) Beseler (erweiterte Testierfreiheit)
f) Koch (Legatstheorie)
g) Hinschius (letztwillige Vollmacht)
h) Vertretungs-Vollmacht
i) Eigenrechtstheorien.

Einleitung.

Sehr drastisch nennt Sintenis (Prakt. gem. Civilrecht 1851 Bd. III S. 503) das Institut der Testamentsvollstreckung eine Quelle von Zweifeln und Kontroversen, ein Labyrinth und einen Wust von wucherisch aufgesprosstem Detail.

In gleicher Art schon Klagen bei Durantis; Joannes Andreae[1]); bei Leyser[2]): ‚doctrina de executoribus ultimarum voluntatum frequentes in foro excitat lites'; bei Mühlenbruch[3]): ‚im ganzen sind wir für die Entscheidung kontroverser Fragen auf allgemeine Grundsätze und Analogien angewiesen'.

Die Motive zum BGB. schelten die Testamentsvollstreckung (Tg.) noch immer ein „dunkles Institut"[4]); Maeder führt am Schlusse seiner Abhandlung aus, dass trotz aller Vervollkommnung des Instituts seit seiner Entstehung und seit der Reception doch die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers (Tv.) in Theorie und Praxis im allgemeinen und in seinen Einzelrechten und -Pflichten eine durchaus schwankende sei; leider

1) Goldfeld S. 81.

2) Scholz S. 30; Leyser med. spec. 374.

3) Glück, Komm. Bd. 43 S. 405/406.

4) V, S. 236; S. 217: in welcher Weise die Stellung des Tv. juristisch zu konstruieren sei, ist schwierig und in Ansehung des geltenden Rechtes sehr bestritten. Vgl. noch Stobbe § 309, Windscheid § 567, Dernburg § 164, Eccius § 255, Unger § 27.

sei auch durch das BGB. diesem Übelstande nicht abgeholfen, vor allem Klarheit im allgemeinen Prinzip nicht geschaffen worden[1]).

So fast ohne Ausnahme alle Schriftsteller, die dem Institut, „dem Wespenneste von Kontroversen", nahetraten. Und wohl gerade dies reizt immer wieder zur Behandlung des Institutes, zumal ihm doch in unserem Rechts- und sozialen Leben ungemeine Bedeutung beizumessen ist.

So führt Rosshirt[2]) seine Abhandlung über die Tg. mit den Worten ein: Es möchte nicht leicht eine Lehre geben, die so sehr der wissenschaftlichen Bearbeitung bedürfte wie die Tg., und Sturm sagt in seiner „Lehre von den Tv.", 1896 S. 1, dass dem Anwalt wie dem Richter wohl kaum schwierigere Fragen in der Praxis auftauchen könnten, als bei der Handhabung der Tg. — doppelt gefährlich, weil das Institut nach Ausweis der Praxis gerade bei grösseren Vermögensmassen heute viel Verwendung findet in gleicher Beliebtheit, wie sie schon Lauterbach schildert: disp. jurid. 1668 vol. III no. 8 praef. S. 3, cotidianus testamentorum stylus docet, nullum fere fieri testamentum, in quo non aliqui constituantur executores.

Dieser kurze Blick auf die Literaturklagen, ein Blick auf die geradezu horrend divergierenden Entscheidungen der Gerichte in Sachen der Tg. — vgl. Goldfeld S. 100, Gruchot II, S. 233, Beseler, Zeitschrift S. 190[3]), Weissler S. 178 —, das dringende Bedürfnis der Praxis nach Klärung des Instituts lassen unsere

---

1) Maeder S. 53.

2) Rosshirt, Zeitschr. f. Civ.-R. u. Krim.-R. S. 217 (Abhdlg. civ. u. krim. Inh.).

3) Beseler, Zeitschrift f. das deutsche Recht, Bd. 9.

vorliegende Abhandlung, eine Förderung der Erkenntnis des allgemeinen Prinzips des Instituts, als dankbare Aufgabe erscheinen.

Methode der Betrachtung.

Da anerkanntermaßen die Tg. ein Produkt jahrtausendelanger Rechtsgewohnheit ist[1]), zu dessen Förderung nicht eine einzige Gesetzgebung — bis auf das BGB.[2]) — etwas allenthalben Brauchbares geleistet hat, über dessen Wesen, Grund, Zweck, Ursprung die Wissenschaft immer nur zetern, aber nichts Überzeugendes zu erweisen wusste, wäre für eine Betrachtung des Instituts vielleicht geraten, Wissenschaft und Gesetz einmal beiseite zu stellen und lediglich aus Urkunden der Praxis den letzten Wurzeln der Rechtsgewohnheiten nachzuspüren — etwa nach Art der Untersuchungen von Beseler, Pauli, Rosshirt, Scholz, Schultze.

Indes erforderte einmal dies Verfahren weit über den Rahmen vorliegender Arbeit hinausgehende Archivstudien, eines umfänglichen Literaturapparates; dann aber wäre vielleicht nicht einmal das Richtige getroffen mit dieser Forschung: denn wenn man ja einmal Cosack[3]) zustimmen will, dass Wissenschaft

1) Scholz S. 30. Auffallen muss, dass man der Praxis alles überliess und dass wir weder in Reichsgesetzen, noch auch früher in sonderrechtl. Gesetzgebungen gesetzl. Vorschriften über die Tg. finden, worin wenigstens die Hauptgrundsätze über Testamentsbürgschaften und Vollziehungen festgestellt waren.

2) Strohal I, S. 266.

3) Cosack, Komm. I, S. 26.

Rechtsquelle sei, so soll man dies hier bei Betrachtung der Tg. tun. Je nach Art der zeitweiligen wissenschaftlichen Theorien haben die Gesetzgebungen einfach ihre wenigen Normen über das Institut geregelt[1]); soweit Normierung fehlte — und die fehlte fast allenthalben recht, recht weit — nahm man schlankweg bei Entscheidung kontroverser Fragen die Resultate wissenschaftlicher Forschung als Ersatz.

Eine Inauguraldissertation hat ihrer Aufgabe sonach sicher Genüge geleistet, wenn sie mit dem in der gangbaren Literatur niedergelegten praktischen Material und den „Gesetzesansätzen" arbeitet.

Unserem BGB., dem im wesentlichen unsere Abhandlung dienen soll, werden wir bei einer Forschung auf genannten Grundlagen vollkommen gerecht: Fusst ja doch die lex lata in ihren Hauptbestimmungen auf dem von uns anzuziehenden Material und nichts anderem; wo sie Neuerungen bringt, sind diese aus dem Gedanken herausgeboren und unserem Institute zugemessen, den wir am Ende unserer Arbeit als dem historischen Institut, teilweise moderner Sozialpolitik, immanent erkennen werden.

Fördern wir sonach durch die historische Betrachtung der Tg. indirekt das Verständnis der §§ 2197 bis 2228 BGB., weiterhin der bei Staudinger S. 467 allegierten sonstigen, die Tg. berührenden Stellen unserer neueren Gesetze, so erwächst zugleich hieraus ein Nutzen für art. 213 EBGB. (vgl. Rg. E. 46, S. 470, Habicht, S. 695). Denn dort bestimmt sich der

---

1) Württemb. Landrecht Teil III, Tit. 27; Frankf. Reform Teil IV, Tit. 2; Allgem. Landr. Teil I, Tit. 12 § 557; Code Napoléon art. 1025; Bayr. Landr. Teil III, Kap. 2; Österr. BGB. § 816; Sächs. BGB. § 2230 fg.; vgl. ferner Mugdan, Ges. Mat. für BGB. 1899 S. 650 fg.; vgl. ferner Nederlandsch wetboek § 1054; civil Code of the state of New York § 628; codice civile d'Italia § 906; Züricher Gesetzbuch.

Kreis der Rechte und Pflichten des Tv. nach bisherigem Rechte und zwar in vollstem Umfange. Es tritt keinesfalls cessante usu vel lege die Norm des BGB. ersetzend ein, sondern alte historische Erkenntnis; auch haben — was wohl bei formellem Recht vermutet werden könnte — formell-rechtliche Normen des BGB. über die Tg. keinen Vorzug vor den früheren formell-rechtlichen Bestimmungen, wie ihn Wilke § 2199 Abs. 2 BGB. anzunehmen scheint; vielmehr ist allenthalben Planck, VI, art. 213h und der dort citierten Literatur beizutreten. —

Der Umfang unseres historischen Materials ist nicht unbedeutend und zwar schon darum, weil die Voraussetzungen für eine Tg. von jeher bei allen Völkern vorhanden gewesen sind und Annäherungen, Vorläufer, Parallelen unseres heutigen Instituts geradezu produzieren mussten [1]).

Alle diese Vor- und Nebenerscheinungen gilt es mitzubetrachten — soweit sie zugänglich —, um dem daraus verdichteten jetzigen Institute gerecht zu werden, um juristisch konstruieren zu können, d. h. nach Erkenntnis der im Rechte liegenden Idee die vorhandenen rechtlichen Erscheinungen rubrizieren und bewerten, eventuell ergänzen zu können.

Weiterhin ist unsere Aufgabe, die im Laufe der Zeiten über das Institut mit Rücksicht auf seine Fortbildung, seine soziale, sozialpolitische Protektion entwickelten wissenschaftlichen Ansichten in den Kreis unserer Betrachtung zu ziehen, sie zu beleuchten und zu prüfen, soweit ihnen noch nicht ausgesprochenermaßen das „anathema sit“ als Kainszeichen von den neuesten Forschungen aufgedrückt ist, und

---

1) Deutsch S. 1; Sturm S. 1; Pauli S. 309; Goldfeld S. 81; Hartmann (Gutachten S. 24) = Verhdlg. d. deutsch. J.-T. I.

endlich gilt es noch, aus den citierten Ansätzen und Vorläufern, aus den angeführten wissenschaftlichen Ansichten und aus den modernrechtlichen Prinzipien unserer Gesetzgebung einen prinzipiellen Grundcharakter unseres Institutes, den Kern seines Wesens zu ermitteln und so eine Grundlage zu schaffen, auf der dann Detailbetrachtung, Filigranarbeit beginnen kann.

Römisches Recht.
Kanonisches Recht.

Wie bei den Germanen, so waren auch in Rom in frühester Zeit Geschlechts-Familiengenossen allein zur Erbfolge berufen; es gab nur ein Gesamtvermögen der gens, nicht Einzelvermögen.

Ganz anders als der Germane hat sich der Römer dann sehr bald einen starren Begriff des Eigentums gebildet: ein Charakteristikum des ius Quiritium.

Naturgemäss fand auch sofort das Verlangen sich ein, die im Leben gewonnene Machtsphäre über den Tod hinaus zu erweitern, das patrimonium, die familia denen zu widmen, die dem Erblasser nahe standen.

Es bildete sich die erbrechtliche, dem Römischen Rechte specifisch eigene Universalsuccession aus, die geradezu eine continuatio personae war; nov. 48 praef.: una quodam modo videtur esse persona heredis et eius, qui in eum transmittit hereditatem.

l. 62 D. de R.J. 50, 17 Julian: hereditas nihil aliud est quam successio in universum jus, quod defunctus habuerit; vgl. Gaius l. 24 D. de V. S. 50, 16; Pomponius l. 37 D. de adqu. h. 29, 2.

Diese von Pomponius, Gaius, Julian, nov. 48 ausgesprochenen Prinzipien waren schon Rechtens vor der Zeit der 12 Tafeln; das testamentum comitiis calatis

und in procinctu sicherten die Festlegung und Realisierung des erblasserischen Willens in der bezeichneten Weise über den Tod hinaus.

Fed. Scotus will in dieser Willenssicherung durch das testamentum cal. com. — dem man übrigens nicht mit Unrecht eine Verwandtschaft mit der deutschrechtlichen adoptio in hereditatem zuspricht — schon einen Vorläufer der heutigen Testamentsvollstreckung sehen. S. Lauterbach, praef. 1 l. c.

Mag die Wissenschaft hierüber auch geteilter Meinung sein — wir erkennen mit Scotus in den Anfängen des Römischen Testamentsrechts, die sich in dem testam. comitiis calatis, der adoptio comitiis calatis zeigten, schon den Grundgedanken aller Tg., der immer und immer wiederkehrt, wo man seither Analogien des Institutes gefunden haben will: Sicherung und Realisierung eines Willens nach dem Tode durch eine vom Erblasser speziell ausgewählte Privatperson gegen Gefährdung dieses Willens von irgendwelcher Seite her. Hier beim testam. com. cal. drohte Gefahr seitens der noch auf altes gesetzliches Erbrecht pochenden Geschlechts-, Familiengenossen; später, nach Überwindung dieser Art von gesetzlichem Erbrechte und nach Einbürgerung der Testamente im Römischen Rechte, sehen wir diese Art Testamentsvollstreckungen, die erst dem Testamente zur Einbürgerung verholfen hatte, wieder gegen dies verwendet, dort, wo dessen Formen dem Willen des Erblassers nicht genügend Sicherung gaben. Das Institut begleitet — möchte ich sagen — von Uranfängen an das gesamte Erbrecht: wo dessen Formen überlebt, zu eng, zu hart sind, schafft die „Testamentsvollziehung“ notwendige Lebensfrische, Lebendigkeit dazu, die einem stockenden Erbrechtskodex fehlt; wo ein Gesetzgeber den Willen der Testatoren nicht erfüllt, helfen sie sich

selbst durch ihren Vertrauensmann. Den kleidet man, wo ihm der Gesetzgeber nicht eine offen anerkannte Rechtsposition gibt, in alle möglichen sonstigen, sonst vom Gesetzgeber gebilligten Gewänder ein — adoptatus, Käufer, Mandator, adstipulator, tutor etc. — gibt ihm damit oft eine übergrosse, über das Ziel hinausschiessende Rechtsmacht, die man durch innerparteiliche Instruktion abschwächt und dem Zwecke seiner Willensrealisierung anpasst.

Erkennt ein weiser Gesetzgeber rechtzeitig, dass er auf diese Art doch immer dem Erblasserwillen nachgeben muss, so schafft er beizeiten ein Institut, das offen den Zwecken dient, denen doch sonst geheim jeder Testator fröhnen wird.

Dass ein solches Institut nicht in enge Grenzen mit gesetzlich abgezirkeltem Funktionskreis eingeschmiedet werden darf, liegt nach der vorstehend entwickelten Theorie klar auf der Hand.

Im Moment, wo der Gesetzgeber ein ins Detail gehendes, den Erblasser beengendes Institut schüfe, würde einfach die alte Entwicklung weiter gehen: es hülfe sich der Erblasser wieder mit verkappten anderen Instituten in den Fällen, wo alte Erbrechtsformen überlebt oder zweckentsprechende neue noch ungeschaffen sind.

Nachstehende Betrachtung der römisch-rechtlichen Vorläufer der Tg. liefert uns klassische Beispiele hierfür. Ich möchte sagen, das Römische Recht, das doch durch seine Prätorialjurisdiktion so praktisch in Fühlung mit dem Entwicklungsleben seines Volkes geblieben ist, tappte bei der Tg. immer hinter der praktischen Übung her: es gab den Regungen der Praxis wohl immer nach, aber nie richtig, nie umfassend genug. Es schuf immer grössere erbrechtliche Freiheiten für den Testator, aber es hatte nicht den

Mut, einen kräftigen Schlag wie der Germane gegen Formstrenge und Gesetzeszwang zu wagen und ein im wesentlichen nur auf Treue und Vertrauen gestütztes Institut, über dem nicht allenthalben ein Prozessrichter steht, als gleichberechtigt neben den anderen streng konstruierten, vom index immer kontrollierbaren Rechtsfiguren anzuerkennen.

Als erste private Selbsthülfe gegen die comitiis calatis und in procinctu geschaffenen strengen, der Praxis nicht genügenden Testamentsformen sehe ich das testamentum per aes et libram an.

„Si subita morte urgebatur", also wenn die alten Testamentsformen den Erblasser im Stich liessen, griff dieser zur gangbaren Form des Kaufes, erteilte einem Fiduciar als Käufer eine weit über das eigentlich gewollte Ziel hinausgehende Rechtsmacht, doch gab er sie eben fiduciae causa mit der beiderseitig im inneren Verhältnisse festgelegten Bestimmung einer Weiterübertragung und Verwaltung des Gekauften nach Erblassers Wunsch. Dieser Wunsch, ursprünglich nur unter den Parteien ausgesprochen, fand schliesslich in der nuncupatio offenen Ausdruck, die ihrerseits eigens für die Zwecke der erbrechtlichen mancipatio durch die praktische Übung umgeändert wurde.

Vgl. Czyhlarz, Institutionen 1895 S. 299.

Letztere nuncupatio war als das eigentliche Testament — ursprünglich blosses Vermächtnistestament — anzusehen; ein wirklicher „heres" konnte nur im Komitialtestament und in procinctu ernannt werden. Seine Stelle im genannten Vermächtnistestament vertrat der familiae emptor, der nach Gaius „loco heredis" stand, nach Czyhlarz, l. c. als Repräsentant des Erblassers anzusehen ist, Repräsentant zu dem Behufe, die Schulden zu bezahlen und die Verteilung der vom Testator angeordneten Vermächtnisse vorzunehmen — im

Wesen ein blosser Testamentsvollstrecker. Czyhlarz S. 300[1]).

Deutsch berührt die „alte Streitfrage, ob in dem familiae emptor des älteren testamentum per aes et libram ein Tv. oder ein heres zu sehen sei“ in seiner Abhandlung: die Vorläufer der heut. Tv., S. 1. Unter Berücksichtigung des von ihm citierten — tatsächlich wenig ergibigen Quellenmaterials — entscheidet er sich S. 14 l. c. dafür, dass dieser familiae emptor wohl kein heres, aber auch kein Tv. im gemeinrechtlichen Sinne sei; er sei eine Rechtsbildung eigner Art.

Diese Ansicht über die eigenartige Rechtsbildung ist richtig; unrichtig ist aber die Gegenüberstellung mit dem gemeinrechtlichen Tv. Dieser ist, wie wir erkennen werden, aus keinem anderen Grunde geschaffen, nicht eben anders gebaut als der alte familiae emptor. Nur tritt seine eigenrechtliche Rechtsposition in deutlicherer Entfaltung, historisch ausgebildet, mehr zu Tage.

Sehr richtig sagt ja auch Deutsch, l. c. S. 1: „die psychologischen und ökonomischen Verhältnisse, die das Institut bei uns zu einer Notwendigkeit machen, existierten auch in Rom; die Bedürfnisse, deren Befriedigung das Institut der Tg. heute dient, müssen sich bereits in Rom geltend gemacht haben.“

Deutsch hätte diese Behauptung für alle Völker, alle Zeiten aufstellen können.

In Weiterverfolgung unserer oben entwickelten Ansicht stellen wir nun im Weiterverlauf der Geschichte fest, dass das Römische Recht der Selbsthülfe der Praxis, die sich im familiae emptor gegen Gesetzesmangel und -starrheit gesichert hatte, schliesslich nachgab:

1) Gaius, Inst. II, 101—108, 119, 120. J. de test. ord. II, 10; l. 27 D. qui test. 28, 1. Sohm, Inst. 1901 S. 517 n. 4, 518 n. 6. Wolf von Glanvell, Die letztw. Verfg. S. 192.

das Mancipationstestament ältesten Stils starb ab[1]), weil man rechtlich den familiae emptor als heres anerkannte, weit einfacher ernennbar und freier gestellt als der heres der beiden uralten gesetzmässigen Testamentsformen.

Wenn Bechmann[2]) dieser Entwicklungstheorie nicht beitreten will, weil es unmöglich sei, dass man auf die Gewissenhaftigkeit des nächsten besten Freundes, der im letzten Augenblick aufzutreiben war, angewiesen sein sollte, während doch die Rechtsordnung ein hinreichendes Hülfsmittel für solche Fälle, das vollkommen bindende, formfreie Legat, hatte, —

so ist ihm zu entgegnen, dass historisch absolut ungewiss ist, ob Legate schon beim ersten Auftreten des familiae emptor bestanden, dass es viel wahrscheinlicher ist, dass auch das Legat als ein Nachgeben des Gesetzgebers zu betrachten ist gegenüber der Selbsthülfe der Praxis, die wegen Gesetzesmangel und -unfertigkeit zum familiae emptor sich gerettet hatte[3]).

Hölder, Beiträge zur Gesch. des röm. Erbr. 1881, S. 52 fg. führt aus (S. 59, 72), dass es, wenn ja vor der familiae emptio schon gültige Legate bestanden, gerade ihre Unzugänglichkeit war, durch die der Testator auf die Gewissenhaftigkeit eines Freundes angewiesen wurde — wir sehen, die gleiche Ansicht wie oben über die Entstehung des Instituts der Tv.! —

War mit dem Mancipationstestamente auch viel für den Testator erreicht, so blieb seinen Wünschen doch noch immer ein weites Gebiet offen. Zur weiteren Sicherung und Realisierung des letzten Willens baute

1) Pernice, Labeo 1873 I, S. 324 fg.

2) Bechmann, Der Kauf n. gem. Rechte Teil I, 1876, S. 298 fg.

3) Pernice a. a. O. S. 474 fg., S. 324 Anm. 3; Leimbach senior, Art. Testament in Weiskes Rechtslexikon, Bd. 10 S. 752.

er wieder auf eines Freundes fiducia auf in der „adstipulatio“. Dieselbe praktische Entwicklung wie oben! Anvertrauen einer Rechtsmacht an einen Freund, die weit über das eigentlich Gewollte hinausschiesst, Einschränkung derselben durch fiduciarische Abrede — alles ohne oder im Sinne sogar gegen den kargenden Gesetzgeber.

Interessant ist hier die Beobachtung, dass die adstipulatio in zweifacher Hinsicht als Ersatz für fehlende gesetzliche Hülfe von der Praxis ausgebildet wurde: einmal für die zunächst noch fehlende Stellvertretung im Prozesse, dann — und dies ist zu Gaius Zeit ihr einziger Zweck —, wenn jemand sich eine Leistung post mortem stipulierte. „Quia inelegans visum est, ab heredis persona incipere obligationem“, liess man einen Dritten zu, der sich adstipulieren liess, um nach seines Vertrauensgebers Tode in dessen Interesse zu wirken: ein Tv.!

Gaius, Inst. III, § 117: adhibetur adstipulator, ut is post mortem nostram agat. —

Weiteres Zeugnis vom siegreichen Drängen der Praxis nach immer freiheitlicherer Gestaltung des Erbrechts, nach immer stärkerer Sicherung des erblasserischen Einflusses auf die Zeit nach dem Tode gibt uns die Röm. Kaiserzeit. Die vielgerühmte Universalsuccession des Röm. Rechts, die „Universalrepräsentation“ (s. u. bei Hinschius, Sintenis), die nach vieler Ansicht angeblich die Tg. im Röm. Rechte ganz überflüssig gemacht habe, scheint durch die freiere Erbrechtsentwicklung doch recht abgeschwächt: sollte wirklich, wenn mit Kodizill und Fideikommiss alle straffen, bisherigen Erbrechtsgedanken ins Schwanken gerieten, eine Exekution in unserem Sinne damals so ganz überflüssig gewesen sein? Konnte man den heres da noch als den alten Generalrepräsentanten ansehen?

Man hat in der fideicommissaria hereditas selbst ein Analogon der Tg. finden wollen: man habe sich in ihr im selben Streben, wie oben geschildert, ein freiestes und beste Sicherung für den Erblasserwillen gebendes Institut praktisch geschaffen, bei dem wiederum die fiducia eines Vertrauensmannes Trägerin der Sicherung und Realisierung des Erblasserwillens sei.

Vergl. Gaius II, 260—284, Ulpian 25; J. de fideic. her. II, 23; de codic. II, 25; Czyhlarz S. 356.

Letzterer führt aus, dass das Institut mit dem Mandat verwandt sei, ursprünglich als nicht rechtsverbindliche Bitte in der Praxis in Übung gekommen sei, dass es später zu Ende der Republik und in der Augusteischen Zeit als verpflichtendes Rechtsinstitut sich erweise. Heres, bonorum possessor, ja selbst der Universalfideikommissar selbst konnten beauftragt werden, die Erbschaft ganz oder teilweise, sofort oder später an einen vom Erblasser näher Bestimmten zu restituieren, so dass die genannten Personen trotz aller ihnen — wenigstens bis zum S. C. Trebellianum — zustehenden Erbenklagen nur als formelle Repräsentanten des Erblassers angesehen werden konnten (heres behält oft nur das Recht auf das Erbbegräbnis, während alle materiellen Zuwendungen bei der frühesten Entwicklung des Institutes auf Dritte übergehen konnten).

Deutsch nennt diesen heres fiduciarius einen Universalvollzieher des letzten Willens; ein selbständiges Institut der Tg. mag er es nicht taufen (a. a. O. S. 14 fg.).

Wir vermögen uns auch hier aus den schon oben angeführten Gründen seiner Ansicht nicht anzuschliessen. Auch hier sehen wir ein Nachgeben der Gesetzgebung gegenüber dem Erblasserwillen, der unzufrieden mit engen, alten Gesetzesformen den

Namen des alten heres beibehält, um damit den Inhalt total anderer Zuwendungen, als sie bis dahin mit dem Begriff heres verbunden sein mochten, zu decken. Dieser nominelle heres verrichtet nichts anderes als unser heutiger Tv. Traute der Testator Romanus seinem zu bedenkenden eigentlichen materiellen Erben nicht die rechte constantia, vigilantia, fides zu, so setzte er einen Dritten als heres fiduciarius pro forma ein, liess ihn den letzten Willen ausführen und dann den Nachlass an die zu Bedenkenden restituieren: formelle Sicherung mit gewünschtem materiellen Erfolge!

Nicht zufrieden mit diesem einen Anklange an das Mandat, schuf sich der römische Erblasser noch weitere freie Sicherung seines Willens nach dem Tode in der Weise, dass er einen Vertrauensmann noch in anderer Weise mit der Exekution seines Willens betraute. Ich verweise auf die Übertragung einzelner Angelegenheiten an Vertrauensleute insbesondere zu gemeinpolitischen, wohltätigen, religiösen Zwecken: fr. 12 § 4 D. de rel. II, 7; fr. 96 § 3 de leg. 1; fr. 107 pr. h. t.; fr. 8 de al. leg. 34, 1; fr. 31 § 1 de adim. vel. transf. 34, 4 fr. 7 si cui plus 35, 3 fr. 7 de ann. leg. 33, 1, insbesondere hier die Worte: in testamentis quaedam scribuntur, quae ad auctoritatem dumtaxat scribentis referuntur nec obligationem pariunt.

Vgl. auch Mühlenbruch, (Glück) Bd. 43, S. 392 fg., Pernice, Labeo I, S. 32 fg., Windscheid, Pand. III § 567 Anm. 6.

Sind im vorstehenden meist Miterben, Legatare in den besonderen Dienst des letzten Willens gezwungen, so bieten uns die Quellen auch andere Funktionäre zu gleichem Zwecke, die nicht unmittelbar am Nachlass interessiert, lediglich als ministri des letzten Willens auftreten: fr. 17 pr. D. de leg. II; fr. 49 D. de

don. ult. vic. etc. 24, 1, Dernburg, Pand. III, S. 197 Anm. 8; fr. 51 § 2 de fideic. 40, 5; fr. 38 § 6 de leg. III; fr. 92 § 1 de leg. I, fr. 88 § 1 de leg. II.

Umfassende Aufgaben sind den ministri zugewiesen in fr. 80 § 1 ad S. C. Treb. 36, 1; Rosshirt 1, S. 218 fg. l. c. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass die Depositare hier als „ministerium“ Verwahrung des Nachlasses und Herausgabe an die Enkel ohne jede Zuwendung eines Vermögensvorteils übertragen bekamen. Sie sind jedenfalls nicht Fideikommissare. Vgl. Mühlenbruch, l. c. S. 395, A. M. Wolff, S. 13.

Die selbständige Stellung der ministri, die Eigenartigkeit ihres Amtes kommt offen zum Ausdruck in Interpolationen des justin. Rechts, wo man öfter dem Legatar auferlegte Verpflichtungen als ministerium, ja von dieser Verpflichtung als Hauptfunktion ausgehend, sogar den Legatar als minister bezeichnet. Die schon zu Scaevolas, Papinians Zeiten (fr. 80 § 1, 36, 1; fr. 9, 34, 1) bekannten ministri hatten sich offenbar derartig verallgemeinert und brauchbar erwiesen, dass sie den Geschäften allen ihren Namen aufdrückten, die ihrer Tätigkeit, ihren Aufgaben gleichkamen.

Bartolus, gloss. ord. ad fr. 80 ad S. C. Trebell. 31, 1 scheidet zwei Klassen der ministri: nudi executores testamentorum, ministri und legatorii in einer Person; erstere haben seiner Ansicht nach de his, quae non sunt ad pias caussas, contra heredem keine Klage. Vgl. Schultze, Treuh., zu ministri = Durchgangspersonen S. 186 fg.

Ob nun allenthalben mit Klage ausgestattet oder nicht — gleichviel! Uns genügt ad thema probandum das Auftauchen des Institutes in der beschriebenen Weise, seine Entwicklung aus der Klaglosigkeit heraus zu einem wenigstens teilweise mit Klage ausgestatteten Rechtsinstitute.

Gewichtige Stimmen erheben sich sogar dafür, dass das Institut allenthalben mit Klage ausgestattet worden sei.

Rosshirt l. c. 1 S. 221, der überdies auf den ὑπουργος in den Basiliken verweist, führt aus, dass die von Cujacius als Testamentsexekutoren bezeichneten ministri nicht nur die legatorum petitio haben, sondern dass man „mit Bartolus“ ihnen eine actio in factum extraordinaria wohl geben müsse. Vgl. Deutsch S. 27, Elvers S. 1367, Dernburg, Pand. III, S. 159, Pernice 3, S. 39, 175 und fr. 7 de ann. leg. 33, 1; fr. 50 de hered. pet. 5, 3 und fr. 44 de mamn. test. 40, 4.

Nach diesen sind als weitere Species unter den Vorläufern unserer heutigen Tg. besonders von Scholz angeführt die „Dispensatores legatorum, Geschäftsbesorger“. Fr. 3 und 8 de al. leg. 34, 1. Vgl. auch Schweppe, Röm. Privatr. Bd. V, § 943 nota c und Jacobus Cujacius, ad Afric. Tract. 2 ad leg. 107 D. de leg. I, S. 390 fg. (opera, quae de iure fecit et edi voluit).

Pernice zweifelt die Echtheit des fr. 8 in Bd. 3, S. 297 nicht ohne guten Grund an; mag dies dahingestellt sein, mag der is, cui divisio mandatur und in fr. 3 der unus, per quem alimenta praestentur Erbe oder tertius sein; der Nachweis, dass eine besondere Funktion der dispensatio legatorum bestand, losgelöst von sonstigen erbrechtlichen Pflichten und unabhängig von irgend einer erbrechtlichen Stellung, dürfte schon aus fr. 8 § 5 de transact. 2, 15, fr. 17 § 4 de cond et dem. 35, 1; fr. 39 pr. de leg. 3 — dazu Pernice l. c. S. 33 fg. — erbracht sein.

Ob der Name zu Recht bestand, ob dem Bestreiten Deutschs S. 29 l. c. beizupflichten sei, ist gleichgültig: wir haben einen Vorboten der Tg. vor uns, wie er oben schon mehrfach geschildert ist.

Endlich begegnet uns nun noch ein Institut im Römischen Recht, dass mit seltener Hartnäckigkeit in seiner Existenz bestritten, aber von anderen wieder für unser Institut gleich energisch ausgebeutet worden ist: das mandatum post mortem: „eine unter Lebenden ausgesprochene und angenommene Bitte“ — Pernice l. c. Bd. I, S. 413 — „auf ein Tun des Gebetenen nach des Bittenden Tod“.

Mag auch unerörtert bleiben, ob die vielcitierten Quellenstellen (Deutsch S. 30, Maeder S. 10) wirklich darauf schliessen lassen, dass das Mandatum post mortem in seiner erbrechtlichen Eigentümlichkeit unwiderruflich für die Erben (Hinschius, Preuss. Anw.-Zeitg., 1866, S. 760 fg.) schon vor Justinian anerkannt war[1]): uns genügt, dass es zweifellos zu Justinians Zeiten anerkannt gewesen sein muss (Deutsch S. 30, not. 76, S. 36, not. 112, Lissauer S. 5 fg., Johann Jensius, ad Rom. iur. Pand. et cod. strict. 1764 — gegen Gerhardt Noodt, vgl. Glück, Pand. Bd. 15, S. 340.

Die Beschäftigung der Juristen mit dem Institute vor Justinian beweist uns genug, dass trotz des schon ziemlich nachgiebig, freiheitlich gewordenen Erbrechts immer wieder das Begehren der Testatoren umfassender, weiter wurde, ihren Willen über den Tod hinaus zu salvieren, zu realisieren.

Die Begründung Rosshirts S. 218 dafür, dass nicht erst Justinian ein eigenes Institut in mandatum post mortem habe gründen können, ist hinfällig: dass ein Bedürfnis danach bestand, beweist uns doch eben die Tatsache ständig neuen Auftauchens des Instituts,

---

1) Lissauer S. 4 fg.; Zimmern, Der nach des Mandators Tode zu vollz. Auftr. im Archiv f. civ. Praxis IV, XIX, S. 240; Mühlenbruch bei Glück Bd. 43 S. 396 fg.; Sturm S. 5; Rosenthal S. 2; v. Scheurl, Beiträge S. 106, 107; Windscheid, Pand. 5. Aufl. III, S. 199.

wodurch andauernde Beschäftigung der Juristen mit dem Institute veranlasst wurde. Die von Rosshirt l. c. S. 218 allegierte Konsequenz des altrömischen Rechts: hat sie nicht schon (vgl. obige Ausführung) in der Kaiserzeit in der freien Erbrechtsgestaltung, Fideikommiss, Kodizill, bedenklich gelitten?

Wir haben im vorstehenden festgestellt, dass das Römische Recht in weitem Maße dem nie zu unterdrückenden Bestreben der Testatoren auf Sicherung und Realisierung des letzten Willens nachkam, ohne ihm doch ganz Befriedigung zu gewähren mit den zugestandenen Erbrechtsformen und -instituten.

Der römische Staat suchte nun aber auch noch in einer anderen Weise seiner erbrechtlichen Fürsorgepflicht nachzukommen: eine Weise, die wir darum besonders hervorheben müssen, weil wir in unserem modernen Institut der Tg. die gleichartige, nur lebhaftere, eingehendere staatliche Mitwirkung wiederfinden (s. unten). Das Verkennen des Eingreifens eines öffentlich-rechtlichen, publizistischen, sozialpolitischen Momentes in unser Institut hat eine rechte Erkenntnis desselben manchem verwehrt.

fr. 1 J. si quis omissa causa testam. 29, 4 spricht — wie auch Scholz l. c. S. 6 ausführt — die öffentliche Testamentsfürsorge neben privatrechtlichem Schutze aus; Pomp. l. 7 D. de ann. leg. 33, 1, l. 50 D. de hered. pet. 5, 3 bezeugen die Einmischung einer obrigkeitlichen Gewalt zum Zwecke der Exekution des letzten Willens.

Erinnert sei hier auch an die unter Claudius geschaffene Spezialjurisdiktion für Fideikommissare: duo praetores fideicommissarii, bezw. an die analoge Tätigkeit der Statthalter in den Provinzen.

Wie vielen der Gedanke staatlicher Testamentsfürsorge bei Betrachtung der Geschichte unseres

Institutes beachtenswert erschien, sei hier nur mit einigen Citaten belegt:

Scholz l. c. S. 2 u. 7 citiert im gedachten Sinne fr. 3 D. de lib. et post. 28, 1: testamentifactio non privati, sed publici iuris; fr. 5 D. testam. quemadmod. 29, 3; publice enim expedit, suprema hominum iudicia exitum habere; fr. 1 D. si quis om. c. 29, 4: praetor voluntates defunctorum tuetur. Vgl. Basilic. lib. 35, Tit. 15.

Weiter führt Scholz noch erbschaftliche Verordnungen an, die hier gleich Anschluss finden mögen, obwohl sie schon in spätere als die hier behandelte Zeit übergreifen; sie sind charakteristisch für die Erscheinung, der wir hier im Römischen Recht zum ersten Male begegnen und die danach bis auf unsere Tage immer bedeutsam blieb: „politische Verordnungen“ heissen die von Scholz allegierten erbschaftlichen Verordnungen mehrerer mittelalterlicher Staaten; insbes. vgl. die jetzt noch in den Niederlanden geltende ordre politique aus dem 16. Jahrhundert.

Vgl. ferner dazu Weissler S. 3, Lissauer S. 9, Pauli, lüb. Recht III, S. 308, Arnold S. 7, Glanvell, Die letztw. Verfüg. nach gemein. kirchl. Recht 1900 S. 192 fg., Reissner S. 4, 9, Randa S. 73.

So viel nun auch das Römische Recht Ansätze zu einem Institut der Tg. gezeigt, einen bestimmten Namen für das heranwachsende Institut produzierte es nicht; ein Zeichen dafür, dass es mit der Durchbildung eines selbständigen Instituts noch nicht fertig war.

Der spätesten Kaiserzeit, den Basiliken, weiterhin dem kanonischen Rechte blieb es vorbehalten, die Selbständigkeit des Institutes klarzustellen, perfekt zu machen.

Die in der Geschichte der Tg. vielgerühmte

nov. 68 Leonis bestimmt, dass Geistliche wohl eine Vormundschaft nicht übernehmen können, wohl aber eine Tg. (Eine interessante Scheidung beider Ämter, die, wie wir unten sehen werden, manchem neueren Schriftsteller nicht klar werden konnte!)

Creutzer S. 33 sagt hierzu: etemin in 68. illarum novellarum, quas imperator Leo philosophus ad libr. Basil. pertinentes Graece addit, personarum quarundam mentio fit, quibus testatores „*διατάξεις, ἅς περὶ τῶν ὑπόντων ἤρεσαν πραγμάτων ἐγχειρίζουσι καὶ τῶν μετὰ τῆν ἐκδημίαν πιστεύ ουσιν τὴν διοίκησιν*“: hi antem nihil aliud sunt nisi executores testamentarii, quales nos intellegimus, itaque illos eo tempore — fine saec. IX — iam usu receptos esse apparet.

Conf. noch l. 28, 46, 49 C. de episc. et cler. I, 3, nov. 131 cp. 11, 12.

In welchem Umfange ex officio die Bischöfe des Tv. sich zu widmen hatten, lehrt nov. 131 besonders. Vgl. Creutzer § 8, Glück, Pand. Bd. 39, S. 465, Schultze S. 164, Reissner S. 4, Sturm S. 5 ff.

Dass diese im Orient so weit ausgebildete Tg. auch bei der Geistlichkeit im Occident ihre Pflege fand, darf nicht Wunder nehmen. Unter dem Scheine, man schütze und verwirkliche den „heiligen“ Willen des defunctus, spielte sich in „frommer Uneigennützigkeit“ die hungrige Kirche das gesamte Testamentswesen durch die Tg. in die Hand.

Vgl. Rosshirt, Zeitschr. I, S. 222, Thomasius, in vet. et nov. eccles. disc. Teil III, Bd. II Kap. 18. 19, Rosenthal S. 3, Scholz S. 12.

Cap. 6, 17, 19 X. de testam. III, 26, Cap. 2 de testam. in VI, III, 11, Clem. un. de testam. III, 6 sind gewichtige Zeugnisse für die hohe Entwicklung des

Institutes, für die Bedeutung der „manufideles ecclesiastici, wie sie Dürr nennt (de manufidelibus §§ 5, 6).

Creutzer § 9 bringt die eingehendsten Bestimmungen von Gregor IX., Bonifacius VIII., Clemens V. und sagt schliesslich zutreffend S. 35 l. c.:

Ex omnibus his constitutionibus, satis illis accuratis, colligi potest, institutum executorum testamentariorum illis temporibus et satis specialiter excultum et late propagatum fuisse. Omnino gravissimum discrimen inter executores testamentarios Romani et canonici iuris inter cedere videmus: nam cum in iure Rom. proprii executores universi non inveniantur nisi in dispositionibus ad pias caussas, in iure canonico in ultimis voluntatibus cuiuscumque modi occurrunt. Praeterea ex fontibus allatis apparet, non solum legitimos executores, quales episcopi in piis causis erant, sed etiam ab ipsis testatoribus institutos multotius adhibitos esse, quos quidem hodieque saepissime institus videmus.

Im Anschluss hieran sei noch erwähnt die von Vangerow, Pand. 6. Aufl. II, S. 114 fg. behandelte interessante Stelle Cap. 13 X de test. III, 26, Creutzer, l. c. S. 35:

„in secunda quaestione dicimus, quod qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus.“

Die Stelle führt mit ihrem offensichtlichen Hinweis auf die Tg. nicht auf ‚Römisches Recht‘, sondern auf ‚Deutsches Recht‘ zurück, dem wir zum ersten Male hier im Zusammentreffen mit kanonischem und römischem Recht begegnen. Vgl. Glück, Pand. 44 S. 1 fg., Creutzer S. 36.

Nach römischem Rechte wäre eine letztwillige Verfügung der genannten Art — abgesehen von den hier nicht in Betracht kommenden Legaten — unmöglich

gewesen. cf. l. 32 pr. D. 28, 5; l. 1 pr. D. de leg. et fid. II.

Es ist hier zum Zwecke der Aufhebung des bekannten ius spolii der Bischöfe die Treuhändereinsetzung der Testamentserrichtung gleichgesetzt: also auch hier im deutschen Rechte wie im römischen Rechte die Tg. als Aushülfsmittel dort, wo ungenügende Erbrechtsformen oder Institute sich zeigten.

Deutsches Recht.

Begegnete uns hier schon im kanonischen Rechte eigentümlicherweise — ecclesia vivil lege Romana! — deutsches Recht (vgl. Rosshirt S. 221, Schmidt, thesaurus iuris eccl. tom. VI, S. 329), führt uns weiterhin c. 6 X de testam. III, 26 auf fränk. Kapitularien zurück (Creutzer S. 34), so drängt das Studium mittelalterlicher Quellen direkt dazu, auch weiterhin im deutschen Rechte nach Rechtsgebilden zu suchen, die zum Schutze und zur Vollführung des letzten Willens vorhanden waren.

Und hier finden wir denn, was der Römer, was das kanonische Recht lang gefühlt, vorgeahnt, aber nie ganz treffend geformt hatte — ein Institut, das die gesamte Testamentsvollstreckung passend in sich einbegreifen konnte: die Treuhänderschaft.

Die Entwicklung des gesamten deutschen Erbrechts ist eine Geschichte der Treuhänderschaft; es ist durch die frühe Verwendung des Treuhänders viel freier, dem pulsierenden Leben anpassungsfähiger geworden als das römische Erbrecht. Vgl. Deutsch S. 1, Wolff S. 10, Mittermeier, Grundsätze des gem. deutschen Privatrechts 1897 S. 505, Pauli S. 308.

Länger als in Rom hatte sich bei den Germanen das Familieneigen bei der gens, Dorf-, Hausgenossen-

schaft für liegende wie fahrende Habe erhalten. Darum noch nullum testamentum bei Tacitus, Germania c. 20. Starb einer ohne nähere Sippe, ohne „Busen“, dann Heimfall des Erbes an das Volk, an den König (droit d'aubaine, Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte 1902 S. 530). Vgl. Heusler II, § 194.

Als sich dann zunächst bei der Fahrhabe Einzeleigen bildete, war dies zunächst noch auf Lebzeiten beschränkt und zwar auch nur, soweit es „wohlerworbenes Gut“ war und soweit das bekannte „Beispruchsrecht“ nicht ausgeübt wurde.

Um nun das Heimfallsrecht an Volk und König, das der weiteren Sippe zu umgehen, schuf man sich, wenn ein Erbe mangelte, künstlich einen solchen durch Affatomie.

Lex Salica 47, Schultze, Treuhand 6, 79, Reissner S. 7, Schröder S. 334, Heusler, Gewere S. 47 fg., Lissauer S. 8.

Wie diese Affatomie sich vollzog, interessiert hier nicht (vgl. Rich. Schmidt, Aff. 1891); wesentlich ist es nur, dass sie zunächst als rein sachenrechtliches Institut dazu führte, einem Salmann-Treuhänder zu deutschrechtlich beschränktem Eigentum (Schultze S. 79) die künftige Nachlasshabe zu übertragen, die dieser dann nach Erblassers Willen zu verwerten hatte. Erbschaftsgedinge! Also auch hier zunächst wie im römischen Rechte Nutzbarmachung eines fremden Instituts zu Erbrechtszwecken.

Aber welcher Unterschied zum römischen, zum kanonischen Rechte! Alle dort verwandten Institute versagten in letzter Hinsicht, sie waren zu spröde für die Testamentsvollstreckung. Der Salmann-Treuhänder bestand die Probe einer erbrechtlichen Umformung prächtig.

Heusler führt aus, dass die Affatomie noch in

fränkischer Zeit in blosse Vergabung auf den Todesfall hinsichtlich einzelner Sachen oder auch des ganzen Vermögens überging. Also rasche Umwandlung des geborgten Institutes in das selbständige erbrechtliche Institut.

Wie die formulae Marculfi I, S. 13 erweisen, fand die fränkische Affatomie auch anderwärts bereitwillig Eingang. Vgl. Heusler, Inst. II, § 194, Arnold S. 4.

Etwas anders das langobardische Recht in seinen ersten Erbrechtsentfaltungen: nicht zunächst Affatomie mit einem Vertrauensmann, der die Vergabungen übernahm, sondern sofortige adoptio in hereditatem des Vergabungsbedachten, dann erst letztwillige Treuhand neben dem adoptierten heres. Vgl. Schultze, S. 50, Stobbe V, S. 264, Beseler, Erbverträge I, S. 287, Siegert S. 2, 3.

Diese langobardische Treuhand, im Ursprung anders als die fränkische, im Wesen die gleiche, machte ihren Siegeszug durch das ganze deutsche Recht.

Als sich im 12. Jahrhundert endlich römische Testamente im deutschen Rechte einbürgerten — also lange vor der eigentlichen Reception des römischen Rechtes (Beseler, Erbverträge S. 542, Reissner S. 5, Scholz S. 15) — schritt man doch nicht zur Vollaufnahme des römischen Instituts. Der Gedanke der Universalsuccession, der Erbenbenennung, der Universalrepräsentation des Erblassers ist erst viel später dem deutschen Rechte aufgedrängt worden.

Nichts als ein Aggregat von Vermächtnissen waren zunächst die deutschen Testamente (so Beseler, Erbvertr. I S. 285, Pauli, Das Erbrecht der Blutsfreunde S. 306); sie kamen den gesetzlichen Erben naturgemäss meist sehr unbequem. Das Hamburger Stadtrecht 1603, die Nürnberger Reformation 1564 haben noch zu ihrer Zeit nicht die Notwendigkeit der Erbeneinsetzung im

Testament — die „Angel des Testaments“ im römischen Recht: Beseler, Zeitschr. Bd. 9 S. 156. —

Es erhellt, dass bei dieser Testamentsbeschaffenheit der deutsche Treuhänder trefflich Verwendung finden konnte als Schutz gegen Angriffe Dritter, insbesondere der gesetzlichen Erben, auf das Vergabungstestament. Unter den verschiedensten Namen setzt er die Rolle der alten Salmannen fest: Testamentarier, Exekutor, Provisor, Seelwärter, Truwenhilder, Seel = Salmann, delegator, mediator, fideiussor, saleburgio (Scholz S. 18, Pauli III, S. 310, Creutzer S. 52 fg.).

Oft fungierte er zugleich als Vormund des Verstorbenen mit, indem man ihm neben der Gewere zu treuer Hand noch die Gewere der Vogtei gab.

Vgl. Kraut, Vormundsch. I S. 11, 31 fg., 263 fg., Pauli S. 316 fg., Albrecht, Gewere § 23, Beseler, Erbverträge I §§ 15, 16.

Auch die Vogtei über Witwe und Kinder bekam der Tv. oft mit (Reissner S. 6).

Die Vermischung dieser beiden Institute ist nicht wegen ihrer inneren Verwandtschaft, sondern nur aus naheliegenden praktischen Rücksichten erfolgt. Die Konsequenzen, die die Wissenschaft irrig aus der Vermischung zog, finden heute keine Billigung mehr (s. u.).

Das kanonische Recht hatte den Treuhänder gefördert, wenn nicht schon ganz in sein System aufgenommen; die Reception des römischen Rechts tat dem Institut der Treuhänderschaft keinen Abbruch.

Man stellt dies als eine verwunderliche Erscheinung hin: träfen doch im heres Romanus und im Tv. zwei Personen mit vollkommen gleichen Aufgaben zusammen: wie könnten sie nebeneinanderher existieren?

Die Verwunderung wäre ausgeblieben, hätte man die Ansätze zur Tg. im römischen Rechte mehr be-

achtet, hätte man erkannt, dass in alle Wege nicht eine noch so gute Gesetzgebung mit geschriebenem engem Gesetzesbuchstaben einem Testator voll Genüge tun kann, dass dieser stets zum Privatvertrauen als dem Träger seines intimsten letzten Willens Zuflucht nehmen wird in der Art, wie es schon im römischen Rechte von jeher geschah.

Kein Wunder darum, dass uns der Exekutor auch nach der Reception noch neben dem heres begegnet. Ja, es lässt sich sogar auch die Konstruktion Andrées, Rechtliche Natur der Tg. 1900, S. 22 fg., über die vorzügliche Verträglichkeit beider Institute recht wohl hören.

Der Ansicht Maeders, S. 6, und vieler anderer, die es als Folge plumper Gewohnheit ansehen, dass das Institut der T.E. neben dem heres Romanus fortexistierte, vermögen wir uns nicht anzuschliessen. Ja, ich meine, wenn die Tg. zur Zeit der Reception noch nicht existiert hätte, so wäre sie nachträglich noch neben dem heres ausgebildet worden (Pauli III, S. 326).

Hatten sich freilich auch manche Ziele, denen die oben gezeigten Ansätze der Tg. zustrebten, erledigt durch Ausbau der Gesetzgebung, das Wesentliche musste doch übrig bleiben, die Punkte, in denen eben nur die Treuhand, nicht der Gesetzgeber helfen konnte.

Besonders, meine ich, hätte unsere neuere, sozialpolitisch angehauchte Zeit das Institut des T.E. geschaffen, wenn es noch nicht existiert hätte. Ein vernünftiger moderner Staat muss den Angriffen entgegentreten, die in neuester Zeit der St. Simonismus gegen das Erbrecht, insbesondere gegen die Tendenzen einer Tg. erhoben hat (vgl. Bazard, exposition de la doctrine de St. Simon 1831, S. 172 fg., Buret, la misère des classes laborieuses, 1841).

Lassalle sucht in seinem System der erworbenen Rechte nachzuweisen, dass das römische Erbrecht mit seiner Fiktion der Willensfortsetzung zwischen Erblasser und Erben jetzt völlig unhaltbar sei, desgleichen das germanische mit seiner Idee des Familieneigentums. Unser heutiges Erbrecht nennt er eine ganz willkürliche Regelung der Nachlässe von Gesellschafts wegen.

Wie weit ein Staat mit solchen Ansichten kommt, zeigt Roscher, Grundlagen der Nationalökonomie, 1900, S. 246 an den türkischen Militärlehen, die nach Bazards Theorien besessen wurden: ein türkischer Lehnbesitzer baut nichts; droht eine Mauer einzustürzen, so richtet er Stützen ein; fällt sie ganz ein, so richtet man sich neben den Trümmern ein.

Es ist evident, dass dies eines Staates Ruin ist; eine derartige Beschränkung der Testierfreiheit, wie sie die Simonisten wollen — sagt Roscher l. c. S. 244 — fördert den Egoismus, die Sucht, bei Lebzeiten seine Güter aufzuzehren. Dagegen ist die freiheitliche Erbrechtsentwicklung gleichsam eine Steigerung persönlichen Eigentums, eine Verlängerung desselben über das Grab hinaus;

> „die Fortsetzung des Vermögens auf die Nachkommen hat die Tendenz, den Mann zum guten Bürger zu machen. Sie bringt seine Leidenschaften auf die Seite der Pflicht und veranlasst ihn, sich um das Gemeinwohl Verdienste zu erwerben, wenn er sicher ist, dass der Lohn dafür nicht mit ihm selber sterben wird, sondern auf die übertragen wird, mit denen er durch die teuersten und zärtlichsten Gefühle verbunden ist (Blackstone, Komment. II, 11).

Was hier vom Erbrecht gesagt ist, gilt natürlich doppelt von der Tg., die doch am intimsten, am per-

sönlichsten dem dienen kann, was vorstehend der Staatsraison empfohlen ist.

Indes darf der Staat in der Pflege der freiheitlichen, ungebundenen Testierbefugnis, der „liebevollen“ Fürsorge für die Interessen des Testators sich allzuweit ergehen? Die Überlebenden haben auch ein Recht, dass toter Wille sie nicht allzusehr terrorisiere, dass verblasste Interessen frischem Lebenspuls nicht hindernd werden.

Wie der Staat am besten nun zwischen diesen Interessen der Absterbenden und der Fortlebenden ausgleiche, ob nach Art österreichischer Verlassenschaftsabhandlung, nach Art französischer Erbregulierung des Notariats, nach Art bayerischer Gesetze mit der Pflicht für Staat und Notar, ex officio einzugreifen, bezw. ex officio das Amt eines Tv. anzunehmen, ist eine delikate Frage.

Bildet er am besten einen der oben geschilderten Testamentsvollstreckungsansätze zur modernen Tg. weiter? Nimmt er das Prinzip auf — wie das österreichische Recht —, das schon in der altrömischen, oben geschilderten staatlichen Fürsorge, in der offiziellen Bischofstätigkeit im kanonischen Recht sich gezeigt hatte? Formt er ein neues Institut?

Die Wissenschaft hat ihm den Weg bereits gezeigt, den er zu glücklicher Erfüllung seiner Aufgaben, zu gerechter Befriedigung aller beteiligten Interessen zu beschreiten hat und den auch das BGB. beschritt.

Es müht sich die Wissenschaft schon seit der Zeit der Glossatoren und Postglossatoren, das Institut in Wesen, Grund, Zweck, Umfang zu ergründen und zweckmässig, logisch im Rechtssystem unterzubringen.

Betrachten wir denn einmal die von der Wissenschaft gezeitigten Resultate kritisch, um festzustellen,

welche Meinung dem Wesen und der historischen Entwicklung der Tg. am ehesten gerecht wird.

Die ersten wissenschaftlichen, eingehenden Behandlungen des Instituts brachte die italienische Jurisprudenz. Durantis, spec. iur. II, p. 2 tit. de instr. ed. Mag das von seinem Kommentator Joannes Andreae ihm vorgeworfene Plagiat vorliegen oder nicht: uns ist hier nur der Inhalt seiner Darstellung, der damaligen Zeitmeinung, nicht der Urheber in erster Linie maßgebend.

Diese Darstellung ist ein ziemlich umfassender Niederschlag der wissenschaftlichen Vollstreckungslehre jener Tage und bezeugt, wie weit das Institut damals schon entwickelt und verbreitet war. — Im römisch-kanonischen, nicht im deutschen Recht den Ursprung suchend, klagt er schon damals über die zahlreich bestehenden Kontroversen über das Institut und führt aus, dass der Tv. kein negotiorum gestor, kein verus procurator sein könne; ersteres nicht, weil er ja nicht selbstwillig, sondern auf Erblassers Veranlassung die Vollstreckung in die Hand nehme; letzteres nicht, weil der Exekutor gegen den Erben Klagen haben müsse, die dem Auftragsverhältnis, diesem Abhängigkeitsverhältnis, total zuwiderliefen, weil der Erbe das Mandat nicht widerrufen dürfe und weil das Mandat mit dem Tode des Mandanten erlösche, was begrifflich hier ja ausgeschlossen sei.

Ebensowenig sei der Tv. Legatar oder Fiduciar. Wenn er ein selbständiges Klagrecht gegen den Erben habe — dies gerade bestimme die meisten, ihm die genannte Stellung oktroyieren zu wollen — so habe er es als executor merus, d. h. ohne nebenher noch Testamentsbedachter zu sein, nur ad pias causas; als executor mixtus — also als gleichzeitig Testaments-

bedachter — kraft seiner gleichzeitigen erbrechtlichen Stellung oder aber kraft ausdrücklicher Anordnung des Testators.

Der Ansicht des Durantis kann man sich kaum, sicher keinesfalls für unser modernes Recht anschliessen. Sie verquickt die Zufälligkeit, dass der Tv. erbrechtlich gleichzeitig berechtigt sein kann, mit seiner davon ganz unabhängigen Vollstreckungsfunktion, im wesentlichen wohl irre geführt durch die Stellung des im römischen Recht auftretenden distributor, der öfters in der Person eines erbrechtlich Bedachten wiederkehrt.

Durantis gibt uns im übrigen mehr Widerlegung als Konstruktion, Reflexionen aus dem ius scriptum Romanum, ohne Rücksicht auf den Grundgedanken der Entwicklung obengenannter Institutsanfänge. Es ist kurzum mit seiner Darstellung uns gar nicht gedient, ebensowenig mit der kurzen Aufzählung und Anregung von Streitfragen bei Joannes Andreae.

Auch Azo, Accursius — citiert bei Durantis — bringen nur knappe, auf römisches Recht gestützte, für unsere Zeit wertlose Schlagwörter: heres nomine, non re; non heres, sed administrator.

Cujacius dient uns ebensowenig mit seinem dispensator; er stützt sich zuviel auf 68. nov. Leonis, zu wenig auf die praktischen, oben beschriebenen Ansätze zur Tg. Seit A. Faber kann seine Ansicht als widerlegt gelten.

Recht bedeutungsvoll ist lange Zeit die Theorie gewesen, wonach der Tv. ein tutor oder in der Stellung eines tutors gewesen sein soll. Vgl. Creutzer S. 50, Pauli S. 316 fg., Beseler, Zeitschr. S. 161, Siegert S. 6, Maeder S. 8, Lauterbach, disp. de exec. volunt. ult. c. IV, XII, Mevius, com. ad ius. lub. p. II tit. 1 art. 15.

Es galt seit 16./17. Jahrhundert — seit A. Faber — allgemein der Satz: executores ultimarum voluntatum

tutoribus aequiparantur, ein Satz, den man allgemein in der Weise begründete: nonne est eadem ratio administrationis rerum alienarum? Vermögensverwaltung mit Rechnungslegung, Inventarisierungspflicht, „officium“ und Haftung ganz wie beim tutor.

S. Nürnberg. Reform. 1565 tit. 22, Württemb. Landr. 1611, tit. 27; Frankf. Reform. 1578 Teil IV tit. II, R.G. XXIII, S. 206.

Der Umstand, dass Tv. wie Vormundschaft letztwillig angeordnet werden konnten, dass meist dieselbe Person für beide Ämter gleichzeitig genommen wurde, dass beide fremdes Vermögen zur Verwaltung in einer eigenrechtlichen Stellung bekamen, dass öffentlichrechtliche und privatrechtliche Funktionen, wie man sie heute in den beiden Instituten getrennt sehen will, damals noch nicht so scharf gesondert waren, dass man unbedingt analog konstruieren zu müssen glaubte, dass man in der Praxis teilweise die Institute schon verschmolzen fand (Reissner S. 11), lässt die Vergewaltigung etwas erklärlicher finden, die man in einer Zusammenreimung dieser vollkommen verschiedenen Institute unbedingt sehen muss.

Dass sich Windscheid sogar noch (vgl. § 567 Pand.) für das Institut der Tg. als einer tutela erwärme, kann man eigentlich trotz seiner eignen Worte gar nicht sagen; wer wie er Voraussetzungen, Grundlagen anzunehmen scheint und doch deren Konsequenzen ablehnt, nimmt n i c h t s oder doch etwas ganz anderes an als das Gewollte, allerhöchstens nur einen N a m e n, nicht die S a c h e.

Vermittelnd will wie Windscheid auch Schweppe verfahren, indem er ein Mittelwesen zwischen Vormund und Mandatar vorschlägt (Reissner S. 20, dort cit. Schweppe).

Mit diesem Zwitterwesen ist uns nicht geholfen:

wieder nur ein Name, kein sachlicher Anhalt, keine klare Abgrenzung.

Dass die Vormundschaftstheorie unhaltbar war und ist, darüber ist heute kein Streit mehr; fehlt einmal jeder geschichtliche Zusammenhang im Ursprung der Institute, so leuchtet auch ohne weiteres ein, dass das eine Institut im wesentlichen eine Fürsorge für die Person, das andere einer rein vermögensrechtlichen Fürsorge dient, dass hier das öffentliche, dort das Privatinteresse überwiegt[1]).

Selbstverständlich konnte den juristischen Konstrukteuren aller Zeiten die nahe Verwandtschaft der Tg. mit dem Mandate, die Reception des Römischen Rechts mit seinem durch Justinian erweiterten Mandatsbegriff — mandatum post mortem — nicht vergessen bleiben. Heinrich von Cocceji, exercit. cur. Vol. II disp. 43, ist einer der ersten, der dieser wissenschaftlichen Ansicht warm das Wort redet.

Vgl. auch Allgem. Landr. Teil I Tit. 12 § 557 fg., Sächs., österr. BGB.

Leute wie Zoller[2]), Thibaut, v. Wening-Ingenheim, Heimbach, Mühlenbruch (Glück), Puchta (Pand.), Goeschen, Arndts, v. Gerber, Sintenis treten für die Mandatstheorie ein.

Sie betonen fast durchweg, dass wir es zwar mit einem erbrechtlich charakterisierten Mandate, aber jedenfalls mit einem Mandate zu tun haben und nehmen direkt Bezug auf cap. 19 X III, 26 wie auf das mandatum post mortem bei Justinian[3]).

---

1) Rosenthal S. 6/8; Lissauer § 17; Vering, Röm. Erbr. 1861 S. 473; Hillebrand, Lehrbuch d. gem. d. Privatr. 1864 S. 780; Kraut, Vormundsch. Teil I, S. 263 fg., Wolff S. 10/23.

2) Zoller, vgl. Sturm 1898 S. 10.

3) Roth, Bayr. C.R. 1875 II, S. 802; Wolff S. 25.

Dieser Theorie ist nicht beizutreten; auch das BGB. denkt trotz Verweisung auf einige Mandatsbestimmungen nicht im entferntesten an mehr als blosse Ähnlichkeit beider Institute. Sturms Vorwurf (1898, S. 61) eines bedenklichen Rückfalls in die alte Mandatstheorie ist absolut unbegründet. Nur „praktische“ Erwägungen haben jene — allerdings oft recht unpraktisch empfundenen — Verweisungen verschuldet.

Die Gründe, die schon Durantis gegen das Mandat geltend machte, sind noch immer durchschlagend; die neuzeitliche Änderung — das Nichterlöschen des Mandates beim Todesfalle des Mandanten — bringt kein wesentliches, kein ausschlaggebendes Moment zur alten Sache.

Auf fast alle kritischen Fragen bleibt uns das rein obligatorische Mandat die Antwort schuldig: Wie erklärt sich die unkündbare Bindung der Erben durch dritte Hand, wie die selbständige Stellung des Tv. gegenüber dem Erben, wie die dingliche Rechtsstellung gegenüber Dritten, wie ein Eingriff des Nachlassgerichts in ein rein privatrechtliches Mandatsverhältnis, wie die Vertragsnatur des Mandats im Gegensatz zu der doch ganz und gar nicht vertragsartigen Bindung des Tv.?

Die eben citierten, für das Mandat eintretenden Schriftsteller glauben sich über alle Schwierigkeiten weghelfen zu können, wenn sie das Mandat als erweitert, erbrechtlich umgeändert bezeichnen: der Name — nicht die Sache!

Lissauer S. 21; Wolff S. 24; Sintenis, Bd. III S. 502 fg., Sturm S. 5, 10 (1898).

Eine weitere, kaum bedeutungsvoll gewordene Theorie vertrat Leyser, med. ad pand. spec. 374, med. 8, Hellfeld, jurispr. fr. § 1503, Sturm S. 12, Beseler, Zeitschr. Bd. 9 S. 171. Der Tv. soll danach als Schieds-

richter gelten. Beseler führt zutreffend aus, dass diese Theorie auf eine Verwechselung des mittelalterlichen arbitrator — Vertrauensmann, dem man die dispensatio und Verwendung des Nachlasses übertrug — mit dem arbiter compromissarius zurückzuführen sei. S. Maeder S. 12. Schon der erste Blick lehrt, dass die Funktion eines Tv. in den engen Rahmen eines Schiedsrichteramtes nie hineinpassen wird.

Den ersten wirklich erlösenden Gedanken in der wissenschaftlichen Betrachtung des Instituts brachte Beseler mit seiner grundlegenden Untersuchung in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 9; auch später das Gleiche in seinen Erbverträgen, Volksrecht und Juristenrecht, Lehrbuch des deutschen Privatrechts.

Jeden Einfluss römischen Rechts auf Gestaltung des Instituts in Abrede stellend — leitet er es nur auf deutsche Rechtsschöpfung zurück und behauptet: — dies die wesentliche Neuerung — „es habe sich rein deutschrechtlich eine formelle, erbrechtliche Repräsentation des Testators im Tv. herausgebildet".

Für den Römer sei dies ganz überflüssig gewesen, da der heres Romanus ja formell wie materiell den defunctus kontinuierte, formell allerdings durch den Willen des Testators wie durch das Interesse des Erben und Vermächtnisnehmers eingeschränkt.

Die eigenartig modifizierte Testierfreiheit des deutschen Rechtes habe die Übertragung bloss formeller Repräsentation an den Tv. zugelassen.

Beseler gibt nun selbst zu, dass mit der Verwerfung römisch-rechtlicher Analogien und der Erkenntnis der Verschiedenheit materieller und formeller Repräsentation praktisch noch keine Förderung erbracht sei; insbesondere wisse man vom inneren Verhältnisse zwischen Erben und Exekutor noch nichts.

Man kann Beseler weiterhin entgegenhalten, dass die Teilung der Persönlichkeit des Erblassers in der Praxis erheblichen Schwierigkeiten begegnen muss und dass von formeller Succession dann jedenfalls nie die Rede sein kann, wenn ein Vollstrecker selbst einen Nachfolger in der Vollstreckung wählt.

Die von Koch (Preuss. Erbrecht 1865 S. 330 fg.) vertretene Theorie, es sei der Tv. im letzten Willen Onerierter, durch Zuwendung der Tv.-Funktion zugleich Honorierter, hat lediglich noch historisches Interesse. Wissenschaftlich ernst wird diese Theorie nirgends mehr genommen[1]). Es sei hier auch der Gedanke gleich zurückgewiesen, als könnte die Tg. als eine besondere Auflagefunktion im BGB. angesehen werden. Treffen erbrechtliche Honorierung nach § 1940 BGB. und eine damit im Zusammenhang stehende Verpflichtung zusammen, so haben wir es mit einer Auflage zu tun; die Tg. ist vollkommen unabhängig von sonstiger erbrechtlicher Stellung. Selbstverständlich muss die Auflage möglich sein, dass ein im Testament Bedachter eine Testamentsvollstreckung übernehme. Weitere Beziehungen zwischen Tg. und Auflage existieren nicht; wollte man sich darauf versteifen, von einer besonders gearteten Auflage zu reden, so wäre einmal notwendige Voraussetzung, dass nur ein Erbe oder Legatar in Frage stünde, und dann wäre doch mit dem blossen Hinweis auf besondere Gestaltung noch nichts gesagt.

Im Anschlusse an Beseler beginnen mit Hinschius, Preuss. Anwaltszeitung 1866 S. 753 fg. eine Reihe zusammenhängend zu behandelnder, wohl zu respektie-

1) Lissauer S. 25; Maeder S. 13; Sturm S. 11; RGE. 16, S. 185 fg.

render Konstruktionsversuche [1]). Sie haben alle anerkannt, dass eine erweiterte Testierbefugnis hier in Frage komme: wie, in welchem Umfange, mit welchen Mitteln, dies im folgenden!

Hinschius spricht S. 754 fg. l. c. seine Ansicht dahin aus, dass die juristische Konstruktion für die heutige Tg. vollkommen freie Hand haben müsse, dass eine Behandlung des Instituts unbekümmert um frühere historische enge Auffassung vorgenommen werden dürfe, wenn es nur in der gewählten Behandlungsart den Bedürfnissen des Verkehres gerecht werde und gleichzeitig mit den sonst in Frage kommenden civilistischen Prinzipien harmoniere.

> Gestützt auf Beselers Anregungen, schreibt er S. 756 l. c., unser modernes Recht sehe die Ausführung eines Testamentes als besonderen Gegenstand letztwilliger Verfügung an, während die Römer sie als untrennbar mit dem Erbenbegriff verbunden gedacht hätten. Insoweit könne man den Ausführungen Beselers — Zeitschr. S. 174 Bd. 9 — folgen,

dass in der durch modernes Recht anerkannten Möglichkeit der Ernennung eines Tv. eine Erweiterung der Testierbefugnis liege.

> Indes sei hiermit erst eine juristisch formulierte Beschreibung, noch keine Konstruktion des Institutes gegeben. Die Versuche einer solchen seien immer gescheitert, weil man stets leichten Herzens über die Frage hinweggegangen sei, wie sich die Tg. zu dem römischen Satze der Universalsuccession des Erben verhalte. Der Begriff

---

1) Unger, Österr. Privatr. VI, S. 213; Roth, Bayr. Civilr. III, S. 798; Lissauer S. 25.

„Repräsentation des Erblassers", den alle neueren Erörterungen brächten, sei Grund der Unfertigkeit aller Konstruktionsresultate.

„Der Erbe", fährt Hinschius fort, „sollte den Erblasser repräsentieren; mit der Mandatstheorie aber kam man daneben auf eine Repräsentation des Erblassers durch den Tv. als Mandatar, während wieder andere eine Repräsentation des Erben ebenfalls durch den Tv. anzunehmen scheinen."

Diese offensichtliche Verwirrung beruhe darauf, dass die Repräsentation des Erblassers durch den Erben und die durch den Testamentsvollstrecker ganz verschiedene Begriffe seien.

Die Repräsentation durch den Erben — Sintenis sagt S. 481 Bd. III l. c. sogar Universalrepräsentation — sei als solche in den gemeinrechtlichen Quellen nirgends bezeichnet, sei nur ein figürlicher Ausdruck für den schlichten Gedanken (Brinz, Pand., S. 672), dass der Erbe in die Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers eingetreten sei, als Ersatzmann, wie Unger, Österr. Privatrecht Bd. 6 S. 11 Note 7 sagt; von wirklicher Stellvertretung des Erblassers keine Rede; ein Toter kann nicht vertreten werden.

Mit dieser Successionserklärung, die die beliebte gemeinrechtliche Überspannung des Begriffes der Fortsetzung der vermögensrechtlichen Persönlichkeit und Repräsentation des Erblassers durch den Erben vermeide, auch den Quellenstellen (s. Hinschius S. 758) ganz entspreche, sei eine Abscheidung einzelner Rechte noch ganz verträglich (l. 66 i. f. D. de furt. 47, 2, Universalfideikommiss, Legierung eines Niessbrauchs).

Als eine derartige Abscheidung von Rechten stelle sich die T.E. dar; der Erbe behalte dabei immer noch mehr übrig, als ein blosser heres fiduciarius.

Um hiernach nur dem Ausdrucke „formelle Repräsentation“ einen greifbaren Inhalt zu geben, müsse man sagen, dass der Tv. seine Befugnisse durch den Willen des Erblassers erhalte und danach auch seine Pflichten zu bemessen habe.

In irgend welche Rechtsverhältnisse des Testators succediere der Tv. nicht.

Nach alledem sei an ein mandatum nicht zu denken, auch nicht an ein mandatum post mortem. Wohl aber sei die Tv. „die einseitig auf den Todesfall an eine oder mehrere Personen erteilte Befugnis, die Rechtsgeschäfte, welche zur Konstituierung und Verteilung des Nachlasses unter die Erben (eventuell auch zur Verwaltung) nötig sind, mit direkt für die Erben wirkender Kraft vorzunehmen“.

Diese Art „Vollmacht“ charakterisiert Hinschius ähnlich wie bei dem vormundschaftlichen Amte als eine Art gesetzlicher Vertretung, eine Bevollmächtigung auf den Todesfall, einseitig gegeben, mit bindender Kraft für die Erben, unwiderruflich für sie.

Die Verpflichtung zum Handeln dürfe nun nicht etwa als neben der Vollmacht hergehender Auftrag angesehen werden; vielmehr sei die letztwillig erteilte Befugnis eine „mit bindender Kraft wirkende letztwillige Aufforderung, sich der Nachlass regulierung zu unterziehen; ihre bindende Wirkung nehme sie aus der Auffassung erweiterter Testierbefugnis“.

Hinschius' Ansicht ist beizutreten, soweit er die von Beseler angeregten Gedanken der erweiterten Testierbefugnis behandelt. Es entspricht durchaus unseren obigen Ausführungen, wenn der Nachweis erbracht wird, dass sehr wohl neben dem Erben als Repräsentanten und successor noch anderweit Funktionäre zur Vollziehung des letzten Willens agieren können.

Dagegen scheint uns unzutreffend die Theorie Hinschius' von der letztwillig erteilten Befugnis als einem gleichzeitigen, immanenten Auftrag, besser einer blossen Aufforderung zum Handeln. Woher denn die Aufforderung, wenn der Erblasser nur die Befugnis gibt? Aus dem Gesetz? Aus allgemeinen Moralprinzipien? Mit blosser Befugnis ist noch kein Ansporn zum Handeln gegeben!

Und dann — ist die „Vollmacht" wirklich nur privatrechtlicher Natur, wenn die Erweiterung der Testierfreiheit soweit ging, dass fast alle frühere staatliche Fürsorge für den erblasserischen Willen in die Tg. einbezogen werden konnte? Hätte Hinschius dieses öffentlich-rechtlichen Momentes nicht ausdrücklich gedenken sollen? Er hätte dann erkannt, dass die formelle Repräsentation des Erblassers schon deshalb trotz Vorhandensein eines Erben besonders bestehen konnte, weil die auctoritas und die utilitas rei publicae dem formellen Repräsentanten Aufgaben je nach Erblasserwunsch überliessen, die öffentlichen Interesses waren und die dies heut in doppeltem Maße in unserer sozial-hochentwickelten Zeit sind — Aufgaben, die ein am Nachlass Interessierter natürlich nie so erfüllen konnte als eben der Tv.

Dem Mangel an Erkenntnis, dass wir es bei der Tg. nicht nur mit einer rein privatrechtlichen Stellung zu tun haben, begegnen wir bei allen nach Hinschius, die den von ihm behandelten Vollmachts- oder einen Vertretungsbegriff in irgend einer Weise variiren. Ihre Vollmachts-, ihre Vertretungssphäre geht nie über das Privatrecht hinaus. Und das ist falsch!

Aber auch aus anderen Gründen noch ist jede der zahlreichen Vertretungstheorien abzulehnen — wie wir im folgenden sehen werden.

Alles, kann man sagen, was nur vertretbar sein könnte, ist schon als Geschäftsherr des Tv. behandelt worden.

Sogar das Testament hat man zur juristischen Person machen wollen, die dann vom Tv. vertreten werde! Vgl. Goldfeld S. 61. Dieser Theorie hat Ritter (s. bei Goldfeld) die verdiente, rasche Widerlegung gegeben.

Als „gesetzlichen Vertreter der Erben“ führt den Tv. der Entw. I zum BGB. auf (§ 1993). Motive V, S. 229 nennen ihn bei Auseinandersetzung unter mehreren eingesetzten Erben „Vertreter der Miterben“. Motive V, S. 232 wird von einer Vertretungsmacht „in Ansehung der Erben“ gesprochen, wenn der Tv. dingliche Erfüllungsgeschäfte vornehme. Motive V, S. 234 wird er „Vertreter der Erben“ genannt, wenn er in seiner amtlichen Eigenschaft Verbindlichkeiten kontrahiert.

Als „gesetzlichen Vertreter der Erben“ bezeichnen ihn weiterhin Gerber, Unger, Brettner, R.G.E. 9, S. 210; 28, S. 296. Förster will ihn gesetzlichen Vertreter nennen, dem im Testamente die letztwillige Instruktion gegeben sei.

Als „Vertreter des Nachlasses“ bezeichnen ihn Eccius (er hat die befremdende Theorie aufgegeben, dass die Tv. selbst eine — allerdings eigenartige — juristische Person sei), ferner Buchka, Neumann, Komm. z. BGB. 1905, S. 164, § 2197 fg., Roth-Becher, Mayer-Reis, Heilfron, Maeder. R.G.E. 32, S. 152 fg. Seuff. Arch. Bd. 18 S. 137 nennt ihn „Mittelsperson“.

„Vertreter des Erblassers“ nennen ihn Meischeider, Zachariae-Crome.

„Vertreter der Erben in Ansehung des Nachlasses“ nennen ihn Jäger, Cosack, Goldfeld, Böhme, Wilke, Enneccerus-Lehmann, Arnold, Binder, Seuffert C.P.O.,

Rosenthal, die Sachlegitimation, S. 60 fg., Esslinger, Erbschein S. 43.

Doppelvertreter — von Erben und Erblasser — nennen ihn Lissauer S. 33, Rosenthal, Tg., S. 25.

Neben diesen Vertreterkonstruktionen machten sich neuerdings wieder andere geltend, die den Tv. nur als ein „Organ“ irgend welcher Erscheinung, irgend eines „Begriffes“, nicht als reinen Vertreter ansehen wollten (insbes. Seckt) Wolff S. 43.

Schliesslich sind noch andere aufgetreten, die die Unverwendbarkeit des Vertreterbegriffs nur zum Teil erkannten und insoweit dem Tv. das einzig noch übrigbleibende beliessen, die eigenrechtliche Stellung. Neben dieser her wollen sie in gewissen Funktionen die Vertreterstellung gehen lassen (Weissler insbesondere).

Wenn allen diesen Theorien die unten näher zu charakterisierende Eigenrechtstheorie schroff ablehnend gegenübertritt, so lehrt uns ein Blick auf BGB. wie C.P.O., wie unendlich bedeutsam schon der Gewinn ist, wenn wir das Generalprinzip: Vertretung oder Eigenrechtsstellung bei der Tg. erkannt haben. Erst dann kann weitere Detailforschung beginnen.

Ich verweise wegen der Wichtigkeit der Erkenntnis eines Generalprinzipes auf §§ 181, 278 BGB., §§ 130, 253, 274, 313 C.P.O. auf alle zeugenschaftlichen Bestimmungen darin, Fragen über Gerichtsstand, Kostenregulierung, insbes. auch § 110 fg. C.P.O., insofern ein Tv. Ausländer ist, § 266 Str.G.B. auf die Lehre über den Besitz, die Prozessunterbrechung, Rechtskraftwirkung, Parteieid etc.

Am allerwenigsten können wir uns für den Organbegriff begeistern. Seckt und Genossen verkennen eins, was uns — dies sei gleich hier gesagt — auch

gegen alle Vertretungstheorie stimmt; lange, ehe Organ und Vertretungsbegriffe bestanden, zum mindesten lange vor deren Ausbildung zu einem gangbaren Institut bestand schon fertig entwickelt die Tg. Vgl. Schultze S. 62.

Allenfalls könnte das uralte Institut der Tg. zur Erklärung und Förderung des Organ-, des Vertreterbegriffs, nicht umgedreht diese Begriffe zur Aufhellung jenes Instituts verwendet werden.

Seckts Organbegriff krankt auch noch daran, dass er für etwas Lebloses — die rechtlich anerkannten Interessen des Erblassers — ein Organ schaffen will. Interessen einer Person sterben mit dieser selbst. Gewiss kann man zu Lebzeiten Interessen haben für die Zeit nach dem Tode, aber auch nur zu Lebzeiten. Dass man im Mittelalter einem Toten oder den Interessen eines Toten einen mundiburdus setzen konnte, ist keine Rechtfertigung für Seckts Theorie: sie bleibt unlogisch. (Vgl. Kraut, Vormundschaft Bd. I, S. 11, 32 fg., Pauli S. 317.) Auch die „anima immortalis", vgl. Hartmann, Gutachten S. 13, das geistige Band zwischen Tv. und unsterblichem Geiste des Erblassers (Sturm, Jherings Jahrb. XX, S. 93) kann Seckts Ansicht nicht stützen.

Auch praktisch ist uns mit Seckts Ansicht nicht gedient. Um des Tv. Stellung zum Nachlasse zu charakterisieren, muss Seckt zur fiducia greifen. Macht er ihn also einmal zum Organ eines Schemens, so bringt er dann wieder, wo seine Konstruktion versagt, die fiduciar, die Treuhänder-Konstruktion. Wann die eine, wann die andere anwenden?

Gegen Seckt s. auch Staudinger, Komm. BGB. 1905, V, S. 477 fg., Strohal, Erbr. § 40b, Schultze S. 72 fg.

Dass auch alle Theorien, die den Erblasser „vertreten“ haben wollen, ohne Diskussion auszuscheiden haben, ist ohne weiteres klar. Ein Toter wird nicht vertreten.

R.G.E. 28 S. 296; 35 S. 419; Meischeider S. 459; Siegert S. 9; Arnold S. 17; Gutachten S. 13.

Dass der Nachlass nicht vertreten werden kann, folgt daraus, dass er nicht mehr eine hereditas iacens sein kann, dass er jederzeit Rechtsobjekt, Erbeneigentum ist. Le mort saisit le vif; unbekümmert um Ausschlagungsmöglichkeit erwirbt der Erbe sofort mit dem Erbfalle volles Eigentum. Hellwig, Anspruch etc. S. 236, 248 fg.

Mag auch im Falle eines Nachlasskonkurses, einer Nachlassverwaltung der Nachlass sich als Sondervermögen charakterisieren — er bleibt Rechtsobjekt. Hellwig l. c. IV § 9, Hellwig, Rechtskraft § 8 Bd. II, S. 3, Jäger, Erbenhaftg. und Nachlasskonk. S. 40 n. 4; 21. Juristentag III, S. 226.

Wollte man nun aber auch zugeben, dass ein Sondervermögen, ein Zweckvermögen neben seinem materiellen Subjekte noch ein formelles gesetzt bekommen könne, so träfe doch wieder der Begriff Zweck-, Sondervermögen nicht bei dem der Tg. unterliegenden Nachlass zu. Ersteres nicht, weil ein besonderer Zweck mit dem Nachlass gar nicht verbunden zu sein braucht, um die Tg. zu erheischen. Die Tg. kann im Falle der gesetzlichen Erbfolge auch eintreten, wenn ein „Zweck“ der Nachlassverwendung gar nicht ausgesprochen und nur gesetzliche Vorschriften in Anwendung kommen. Diese machen den Nachlass im Falle der Tg. zu nichts besonderem; ja es erlöschen sogar — anders als bei Nachlassverwal-

tung und Nachlasskonkurs — Rechte und Verbindlichkeiten ohne weiteres, die in der Person des Erben zusammentreffen. § 2214 BGB. gibt dem Nachlasse nur eine Ausnahmestellung gegenüber den Gläubigern des Erben, die nicht Nachlassgläubiger sind.

Etwa die deutsche Gesamthand als Analogon für die Stellung von Exekutor und Erben heranzuziehen, halte ich für ausgeschlossen. Fehlt einmal jeder geschichtliche Anhalt hierfür, so ist doch auch die Beziehung des Gesamthänders zu seinem frei disponiblen Privateigentum und die zu seinem Gesamthandseigentum total anders als die beim Erben zu seinem freien und seinem durch die Exekution beschränkten Vermögen. Selbst die Stellung des Gesellschafters, der von der Disposition über das Gesamthandsvermögen ausgeschlossen ist, dürfte schwerlich mit der des beschränkten Erben verglichen werden. Der Tv. seinerseits hat mit der Stellung eines socius gerens gerade die wesentlichsten Sachen nicht gemein; ihm fehlt ein eignes Recht am Gesamthands = hier Nachlassgut.

Die Konkursmasse als Analogon eines vertretbaren Vermögens, das in eines anderen Eigentum stehe und unter Ausschluss der Disposition des Eigentümers von Dritter Seite verwaltet werde, heranzuziehen, ist nicht angängig. A. M. vgl. Hallbauer S. 105. Einmal besteht auch nicht der geringste historische Zusammenhang zwischen Konkursverwaltung und Tg.; dann dienen beide Institute von vornherein so grundverschiedenen Zwecken, dass nie gleicher Charakter der Institute erwachsen konnte; weiter ist das Konkursverfahren ausgesprochen prozessualen Charakters, während die Tg., wenn nicht ausschliesslich ins Privatrecht, dann doch ins Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehört.

Überdies ist die Rechtsstellung des Konkursverwalters auch dermaßen umstritten, dass uns mit einer blossen Verweisung auf ihn auch nicht geholfen wäre. Ein gleiches gilt vom Liquidator der offenen Handelsgesellschaft, den man wohl noch heranziehen könnte. Auch bei Betrachtung der Rechtsnatur des Sequesters, der Stellung des Ehemanns zum Frauengute bei der Verwaltungsgemeinschaft, des Vertreters in § 1052 BGB., § 1189 BGB. werden wir nicht besser gefördert — aus den gleichen Gründen.

§ 2207 BGB. — „für den Nachlass“ — zu Gunsten einer Theorie der Nachlassvertretung auszubeuten, ist Wort- nicht Sinnexegese.

Ist es sonach, wie wir sahen, allenthalben nichts mit einer Vertretung des „Nachlasses“, so ist ebensowenig annehmbar die Theorie einer Vertretung der Erben „in Ansehung des Nachlasses“ — weder eine gewillkürte, noch eine gesetzliche.

Die gewillkürte anzunehmen, ist fast indiskutabel. Es ist nach dem BGB. unangängig, so wie im sächsischen BGB. vereinbarungsgemäss einen Tv. zu bestellen; und etwa in der Erklärung des Erben, dass er die Erbschaft annehme, die Zustimmung dazu erlesen zu wollen, dass der Tv. in dem vom Erblasser gewollten Sinne unabrufbarer Vertreter der Erben sei, geht ebensowenig an.

Gegen „gesetzliche Vertretung“ der Erben überhaupt, sowohl allgemeine als nur „in Ansehung des Nachlasses“, ist geltend zu machen, was Hartmann in so trefflicher Weise in Bd. I, Vhdl. 21 d. Juristentg. ausführt. Kein einziges der drei Worte: gesetzliche Erbenvertretung, ist nach ihm existenzberechtigt gegenüber der Erklärung der Tg. Insbesondere sei betont,

dass dem Tv. eine viel weiter gehende Rechtsmacht zugestanden ist, als dem Erben je zustehen könnte. Es sei nur an die Eingehung von Nachlassverbindlichkeiten, an § 224 K.O. erinnert. Vgl. Strohal, l. c. S. 163, Planck, § 2206 Anm 3, Arnold, S. 15.

Auch der Sprachgebrauch des BGB., der Vater, eventuell Mutter, Vormund, Pfleger die Eigenschaft eines gesetzlichen Vertreters verbis expressis gibt, spräche gegen die Konstruktion einer gesetzlichen Vertretung der Tg. — wüsste man nicht, dass das Gesetzbuch geflissentlich zu einer Konstruktion verbis expressis sich nicht bekennen wollte. Vgl. Levy, 21 d. Juristentg. Bd. III.

Wohl aber könnte man daraus, dass das Gesetz als Quelle der „Vertretungsmacht" doch nichts angibt über deren Hauptinhalt (§ 2203 BGB.!), ferner daraus, dass das Gesetz nicht wie sonst bei gesetzlicher Vertretung für Interessenkollision Vorsorge trifft, schliessen, dass ihm der Gedanke gesetzlicher Vertretung ferngelegen hat.

Wie würden bei Annahme gesetzlicher Vertretung § 1958 BGB. und der Umstand sich zusammenreimen, dass man den Tv. als „gesetzlichen Vertreter" sofort belangen kann, während man gegen seinen Geschäftsherrn noch machtlos sei? Träfe man diesen denn nicht auch durch seinen gesetzlichen Vertreter? Machte man also nicht doch auch den Anspruch gegen den Erben geltend?

Wie könnte man §§ 313, 130 C.P.O. gerecht werden, wenn der Erbe unbekannt ist, wenn er noch nicht annahm? Soll, wenn ein Erbe nach dem andern ausschlägt, der Geschäftsherr des Tv. fortgesetzt wechseln? Wie soll ein Prozessgegner denn überhaupt wissen, wer ihm als Partei gegenübersteht? Sollen ihm Einwendungen gegen eine Partei benommen werden

dadurch, neue Einwendungen einer neuen Partei ihm gegenüber fortgesetzt gebracht werden können?

Warum § 327 C.P.O., falls gesetzliche Vertretung? — Zwar lehrt die Entstehungsgeschichte dieses Paragraphen (Begründung der Nov. zur C.P.O. S. 52 Guttentagsche Ausgabe), dass bei Abfassung desselben ein klares Bild über die Rechtsnatur des Vollstreckers im BGB. nicht gegeben und darum zu aller Vorsicht der Paragraph eingefügt worden sei; er sei jetzt, meinen einige Vertreter der gesetzlichen Vertretung, superfluum. Indes letzteres scheint nicht durchschlagend: Gesetz ist Gesetz; aus ihm, nicht aus Motiven ist zu interpretieren, so lange es die ratio ermöglicht. Und § 327 C.P.O. ist durchaus rationell bei der Konstruktion, wie sie am Ende dieser Abhandlung noch vorgelegt werden wird.

Gegen die gesetzliche Vertretung spricht auch noch der Umstand, dass die Nachlassbeteiligten, insbesondere Erbe, Vermächtnisnehmer samt Vollstrecker jederzeit den Willen des Testators auf „Vollziehung" illusorisch machen können durch nicht bloss tatsächliche Unterlassung, sondern rechtliche Beseitigung der Vollstreckung, ohne dass sogar § 266 Str.G.B. Anwendung finden könnte.

Ist das nicht gerade das Gegenteil einer gesetzlichen, notwendigen Vertretung? Müsste nicht in solchem Falle ex officio für Neuvertretung eigentlich gesorgt sein?

§ 2212 BGB. so zweideutig wie Siegert S. 12 auszulegen, erscheint mir unmöglich. Wäre der Tv. nach Auffassung des BGB. gesetzlicher Vertreter der Erben, so wäre § 2212 BGB. überflüssig: die gesetzliche Vertretung hätte doch nur dann Sinn, wenn der Erbe von der Disposition ausgeschlossen wäre durch die gesetzliche Vertretung. Wozu ein „gesetzlicher Ver-

treter des Erben", wenn dieser noch nebenher solle über den Nachlass disponieren dürfen, so dass schliesslich zweierlei Bindungen für ihn entstehen könnten? Es bedürfte u. E., wenn einmal notwendige Vertretung da ist, gar nicht besonderen Ausspruches, dass nur der Tv. disponieren dürfe (vgl. auch § 2211). Es wäre nur § 2213 berechtigt, weil dort eine Anomalie käme, nämlich die, dass sowohl gegen Vertreter wie gegen Vertretenen besonders geklagt werden könne.

Beachtlich erscheint ein Vergleich zwischen § 2201, § 165, § 1781 BGB. Warum, wenn Tg. auch gesetzliche und doch kaum wichtigere Vertretung als die Vormundschaft ist, warum die Differenz in den Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit?

Gegen die gesetzliche Vertretung sprechen weiterhin die zahlreichen Prozessmöglichkeiten zwischen Tv. und Erben; ich erwähne nur §§ 2205, 2206, 2208, 2215, 2217 BGB. Soll in diesen Fällen beim Prozessieren auf beiden Seiten nicht dieselbe Partei stehen — einmal ipsa, einmal durch ihren gesetzlichen Vertreter —, so muss der Tv. eben etwas anderes als ein Erbenvertreter sein.

Wie soll § 2223 zur gesetzlichen Vertretung der Erben passen?

Ganz mit Recht die entschiedene Verwahrung in Becker und Fischer, Recht und Rechtsschutz, Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Civilprozess; 1889, S. 60:

> „Sehr entschieden muss dagegen Verwahrung eingelegt werden, dass der Tv. gesetzlicher Vertreter der Erben genannt wird. Durch die Aufnahme solcher unrichtiger Konstruktionen wird die

Konstruktionsfrage nicht entschieden, sondern nur verwirrt. Er ist Verfüger über fremde Rechte, ohne Stellvertreter zu sein."

Letztere Ansicht ist die einzig uns noch übrig bleibende, auch die einzig richtige! Auch Staudingers, Komm. z. BGB. 1905, allerneuester Kampf zu Gunsten einer gesetzlichen Vertretung ist ein eitles Beginnen.

Wird dort einmal zugegeben, dass ein Teil des Tv.-Amtes doch „selbständige Funktionen" enthält, dass der Tv. nur zum Teil gesetzlicher Vertreter sei, so ist damit die dort verfochtene Ansicht schon erschüttert. Denn die anerkannte selbständige Stellung begreift in sich zugestandenermaßen die Hauptfunktion der Tg., § 2203, § 2204 BGB. Die Verwaltung § 2205 ist Nebenfunktion, besser: Mittel zum Zweck! Soll dadurch die Rechtsposition des Tv. geändert werden?

Klar ist, dass die Verwaltung von § 2209 hiergegen nicht ins Feld geführt werden kann. Sie ist Ausnahmefunktion, ist Neuschöpfung modernen Rechtes und in ihrer Neuheit, Unerprobtheit nicht im stande, die Rechtsnatur eines jahrtausendealten Instituts plötzlich zu ändern.

Zu welchen eigenartigen Konsequenzen die Praxis kommen mag mit der Teilung in der Rechtsposition des Tv., das deutet schon S. 481 Staudinger l. c. V an: bald ist der Tv. als Amtsinhaber Partei, bald der Erbe, sofern jener verwalte; doch schwöre im letzteren Falle der Tv. dennoch die Parteieide, der Erbe die Zeugeneide. Es könne der Erbe sogar als Nebenintervenient auftreten.

Die gleichen Bedenken wie gegen die bei Staudinger vertretene Teilung in der Rechtsstellung des

Tv. sind gegen die bei Seuffert, Komm. C.P.O., 9. Aufl., Weissler vertretene Teilungstheorie geltend gemacht.

Einzig richtig, wie schon oben bemerkt, sind die Theorien, die die Stellung des Tv. als eine einheitliche, unabhängige, eigenrechtliche auffassen = vgl. Planck, Komm. z. BGB., 2. Aufl. zu § 2197 (die Vertretung in § 2317 ist doch wohl nur irrtümlich behauptet), Marcus, Peiser, Kuhlenbeck, Fischer-Henle, Frommhold, Matthias, Reissner, Andrée, Siegert, Strohal, Dernburg, Endemann, R.G.E. 56, S. 327 fg., R.O.L.G. 4, S. 122 fg., 435 fg.; 6 S. 306 fg., 8 S. 31 fg. und 277 fg. 9 S. 405 fg.; Kammergericht in Entsch. f. G. 3, S. 44, 101 fg., 4 S. 63, 185 fg. Jur. Zeitschr. f. Elsass-Lothr. 02, S. 484, Reincke, C.P.O., 1904, und last not least: Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, die langob. Treuhand und ihre Umbildung zur Tg.

In überzeugender Weise führt Schultze aus, wie im Salmann, im Treuhänder die Tg. ihre erste Ausbildung, ihre Fortbildung erfahren haben, wie alle Gedanken in den oben entwickelten Ansätzen zur Tg. im Treuhänder ihre Pflege finden konnten und gefunden haben, wie das Institut jederzeit und allenthalben erweiterungsfähig ist, so dass jede Künstlichkeit, jede Verdrehung, Fiktion, Analogisierung wie bei anderen zur Interpretation herangezogenen Instituten vermieden werde.

Vgl. auch Lissauer S. 10, Stobbe, Zeitschr. für Rechtsgesch. 7, S. 408 fg., Albrecht, Gewere, S. 253; Heusler, Instit. I, S. 222, Mühlenbruch (Glück), Bd. 43, S. 400, Scholz S. 16, S. 30, Strohal l. c. I, S. 266, insbes. für franz. Recht: Scholz, S. 26).

Mit der Erkenntnis, dass unsere deutsche Treuhand ein Rechtsinstitut ist, das die Tg. leicht in seinen

Rahmen einbegreife, wird unsere Rechtswissenschaft sich freilich nicht zufrieden geben: es gilt nun, alle oben angeführten Aufgaben, Ziele, Rücksichten des Tv. zusammenzufassen und zu einem übersichtlichen Funktionsgefüge zu gestalten. Erblasser wie Honorierte und Onerierte, Gläubiger und sonstige Nachlassinteressenten sollen alle zu ihrem Rechte kommen: im Vollstrecker sollen unter vorzüglicher Wahrung des Willens des Erblassers die Funktionen vereinigt werden, die Staat und Privathand seit dem ersten Streben nach einem Institut der Tg. immer abwechselnd schon verrichtet hatten: Staat sage ich absichtlich mit. Denn es geht wohl überall aus unseren Ausführungen oben hervor, dass nicht nur Privathand am Tv. gearbeitet hat. Wo sich das Streben nach Berücksichtigung des Erblasserwillens je regte, griff der Staat mit mehr oder weniger Geschick, aber mit bestem Förderungswillen ein: er förderte ja, wie wir mit Roscher oben geltend machten, damit allenthalben seine Existenz.

Die hochentwickelte Fürsorgetätigkeit unseres Staates für das Nachlasswesen zeigt sich bei uns auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Hier führt er selbst durch seine Beamten heutzutage das aus, was Tgs.-Aufgaben von jeher waren.

In der Erkenntnis aber, dass diese Beamtenfunktion nie so eingehend, so persönlich, so vertraulich sein kann, als die Tätigkeit des Freundes für den Freund, des Vertrauensmannes, wie ihn die Geschichte im Treuhänder kennen gelernt hat, hat der Staat von heute einen Teil seiner eigenen Fürsorgetätigkeit in sozialer Weisheit Privathänden anvertraut, die dann rege werden, wenn Erblasser es will. Am deutlichsten kommt dies meines Erachtens zum Ausdruck in § 86 Ges. üb. Angel. freiw. Gerichtsb.

Die Treue, die der Beamte des Staates in Nachlassfürsorgesachen zu wahren hat, hat gleichermaßen der Tv. zu halten; er hat ein Amt und unterscheidet sich vom Staatsbeamten nur dadurch, dass keine Disziplinargewalt, keine Aufsichtsmacht über ihm steht, sondern nur seine eigene Gewissensverpflichtung.

Damit freilich diese Stellung nicht zu frei und dem Staate selbst bei aller Fürsorge für das Nachlasswesen zum Nachteil werde, behielt sich der Staat einige Eingriffe, einige aufsichtsartige Rechte im BGB. vor, die aber lange noch nicht eine wirkliche Aufsichtsgewalt ausmachen.

Ähnliche Stellungen im Privatrecht — die so hart an das öffentliche Recht angrenzen — kommen noch öfter vor; ich erinnere an den Zwangsverwalter, an verschiedene Funktionen des Ortsrichters, an die Mitglieder der Familienräte, an Reichsgesetz 28./V. 01 §§ 6 u. 7, Ges. betr. freiw. Gerichtsbark. in Heer und Marine.

Ziemlich richtig erkannt hat das Wesen des Treuhänders mit seiner eigenrechtlichen Position insoweit Weissler, l. c. S. 179.

> „Es liegt nicht privatrechtliche Vertretung, sondern öffentlich-rechtliches Verfahren zur Ordnung des Nachlasses vor. Die Erweiterung, die die Testierbefugnis im deutschen Rechte gefunden hat, besteht darin, dass durch letzten Willen Bestimmungen öffentlich-rechtlicher Natur über das Nachlassverfahren getroffen werden können. — Der Tv. ist Organ vorbeugender Rechtspflege."

Ziemlich richtig — sagten wir; denn ganz dem öffentlichen Rechte die Tg. zuschreiben, halten wir für

falsch. Ein gedeihliches Zusammenwirken öffentlichen Interesses und privater Willkür soll im Tv. gefordert sein: und dazu darf er weder absolut Privatrechtsfigur, noch absolut Beamter sein.

Dies die Erweiterung der Testierbefugnis, wie wir sie anerkennen, dies die Stellung des Treuhänders! Man lasse sich nicht irre machen durch Einwürfe, solch verschwommene, zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht pendelnde Rechtsfigur nütze uns nichts: es möge uns erst einmal eine scharfe Grenze zwischen privatem und öffentlichem Rechte gezeigt werden. Vielleicht ist diese überhaupt unbestimmbar und wird gerade durch Personen wie durch den Tv. unmöglich gemacht.

Auf dem besten Wege zur Erkenntnis des Treuhänder-Vollstreckungsinstituts war bisher immer England.

Neuerdings beschäftigt man sich wieder viel mit dem trustee dort; man beabsichtigt, eine Staatsbehörde einzuführen, die das Amt des Public trustee and Executor übernehmen soll.

Vgl. D. Jur. Zeitung 1906, S. 468. Goffin, the Exec. in Engl. and elsew., Pauli S. 309, Hartmann, Gutachten, S. 13. 14.

Ob man den richtigen Weg beschreitet, wenn man die gesamte Funktion der T.-Exekution in rein öffentlich-rechtliche Pflege stellt, erscheint uns (s. vorstehend über Weissler) zweifelhaft. Fahre man lieber fort, auf der Grundlage weiterzubauen, die unser BGB. sich zu eigen machte und die wir vorstehend als geschichtlich, sozial, rechtlich zutreffend erkannt zu haben glauben.

Ob das BGB. auf der angegebenen Grundlage immer folgerichtig weitergebaut hat, ob die anderen,

unsere Tg. betreffenden Gesetze unserer Gesetzgebung überall dazu harmonieren, wie im einzelnen die Treuhänderstellung näher zu begrenzen sei, davon nicht hier! Uns galt es, das allgemeine Prinzip aus Geschichte und Wissenschaft und neuester Gesetzgebung für das BGB. zu erkennen.